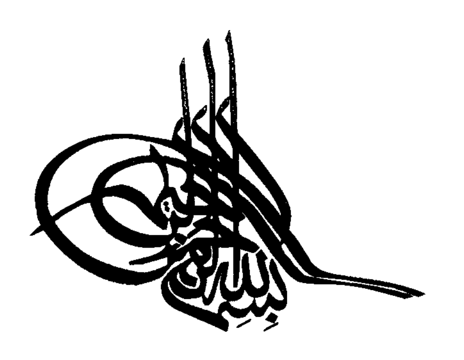
الفقه المالكي وأدلته

الحبيب بن طاهر

الجزء السادس

الشركة - المزارعة - المغارسة - الوكالة - الإقرار - الاستلحاق - الوديعة - الإعارة - الغصب والتعدي والإستحقاق - الشفعة - القسمة - القراض - المساقاة - الإجارة - الجعالة - إحياء الموات من الأرض وأحكام المياه وأحكام المساجد - أحكام المياه والكلاء - أحكام المساجد - الوقف - الهبة والصدقة والوعد والعمرى - الرقبى.

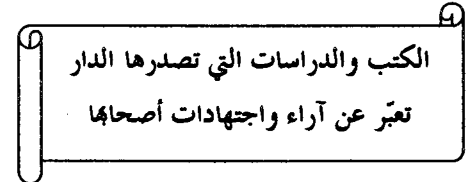
مؤسسة المعارف للطباعة والنشر
بيروت - لبنان



الفقه المالكيّ

وأدلّته

الجزء السادس



مؤسسة المعارف
بيروت – لبنان

الطبعة الاولى
1430هـ - 2009م
ISBN 978-9953-69-160-2

ISBN 978-9953-69-160-2
9 789953 691602

الإدارة العامة : كورنيش المزرعة – بناية إسكندراني – ط2
هاتف وفاكس :00961-1-653857/00961-1-653852/00961-1
المكتبة والمستودعات : شارع حمد بناية رحمة
هاتف وفاكس : 00961-1-640878
هاتف جوال : 227724-892210-205669 (00961-3-)
ص . ب 11/1761 – بيروت – لبنان
E-mail: maaref@cyberia.net.lb
WWW.al-maaref.com

الشركة

تعريف الشركة لغةً:

الشركة بكسر الشين المعجمة وسكون الراء، وبفتح الشين وكسر الراء، وبفتح الشين وسكون الراء، وهي الاختلاط.

تعريف الشركة شرعاً:

الشَّرِكَةُ عقد مالكي مالين فأكثر، على التَّجْرِ فِيهِمَا مَعَاً، أو عَلَى عَمَلٍ بَيْنَهُمَا، والرِّبْح بَيْنَهُمَا، بما يدلُّ عُرْفاً، ولَزِمَت بِهِ.

شرح التعريف:

قوله: «مالكي مالين» تثنية مالك مال.

وقوله: «فأكثر» أي: أكثر من مالكي مالين كثلاثة مالكين لأموال ثلاثة.

وقوله: «على التَّجْرِ» متعلق بعقد.

وقوله: «فِيهِمَا» أي: في المالين.

وقوله: «مَعَاً» أي: مع أنفسهما؛ أي: كلّ منهما يتاجر في المالين مع صاحبه، فمصبّ المعية على التجر؛ أي: فهما متحدان في التجر والمال، ولو كان كلّ واحد في مكان منعزل عن الآخر؛ لأن ما يحصل من ربح أو خسر يكون بينهما وليس المراد خصوص المعية في المكان. وخرج بقوله: «فيهما معاً» الوكالة والقراض من الجانبين؛ إذ كل واحد منهما يتصرف فيما بيده للآخر استقلالاً، والشركة وقع فيها العقد على أنّ كل واحد يتصرف فيما بيده له ولصاحبه معاً. وهذا إشارة إلى النوع الأول من الشركة، وهو: شركة التجر في الأموال.

فالمقصود بالشركة الشركة في رقاب الأموال على الإشاعة. وأمّا إن لم تكن في رقاب الأموال، فليست شركة، وإنّما هي خلطة، فكلّ شريك خليط وليس كلّ خليط شريكاً. والخلطة أعمّ من الشركة. قال الله تعالى في الخلطة: ﴿إِنَّ هَٰذَآ أَخِى لَهُۥ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِىَ نَعْجَةٌ وَٰحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِى فِى ٱلْخِطَابِ ﴿٢٣﴾ قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعْجَتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِۦ ۖ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ﴾ [ص: 23 ـ 24] فسمّاهم الله تعالى خلطاء لمّا لم يشتركوا في أعيان النعاج. وقال تعالى في الشركة: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا رَّجُلًا فِيهِ شُرَكَآءُ مُتَشَٰكِسُونَ وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ هَلْ يَسْتَوِيَانِ مَثَلًا﴾

[الزمر: 29]، أي: هل يستوي العبد الذي يكون مشتركاً بين جماعة من المالكين له، والعبد الذي يكون خالصاً لرجل واحد[1].

وقوله: «أو عَلَى عَمَلٍ بينهما» أي: أو عقد على عمل كخياطة أو حياكة بَيْنَهُمَا. وهذا إشارة إلى النوع الثاني وهو: شركة الأبدان.

وقوله: «والرّبْحِ بينهما» أي: في النوعين على حسب ما لكلّ أو عمله.

وقوله: «بما يَدلُّ عُرْفاً» أي: لا يشترط صيغة مخصوصة بل المدار، على ما يحصل به الإذن والرضا من الجانبين.

وهذا التعريف قصد به تعريف الشركة المعهودة بين الناس في التعامل، لا شركة الجبر كالإرث والغنيمة، وشركة المتبايعين شيئاً بينهما حصل لهما من غير تجر. أي: فشركة الإرث والغنيمة وشركة المتبايعين شيئاً، لا يقال لها شركة عرفاً، وإن كانت شركة لغة. وشركة الجبر الخارجة هنا بالتعريف غير شركة الجبر الآتية، التي هي أحد الأقسام الستة، فإنّها معدودة في الشركة العرفية كما يأتي.

حكمة مشروعية الشركة:

شرعت الشركة رفقاً بين المتعاقدين، لابتغاء الربح والكسب. فهي من باب التعاون[2].

أقسام الشركة:

تنقسم الشركة إلى قسمين: شركة التجر في الأموال، وشركة الأبدان.

وتنقسم شركة الأموال إلى ستة أقسام: المفاوضة، والعنان، والجبر، والذمم، والوجوه، والمضاربة التي هي القراض. وسنتحدّث عنها في هذا الباب ما عدا المضاربة فستفرد بباب خاص.

القسم الأول من أقسام الشركة: شركة التجر في الأموال:

حكم شركة الأموال:

حكمها الجواز. والدليل[3]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ فَلۡيَنظُرۡ أَيُّهَآ أَزۡكَىٰ طَعَامٗا فَلۡيَأۡتِكُم بِرِزۡقٖ مِّنۡهُ﴾ [الكهف: 19]. ووجه الاستدلال أنّ الورق ـ وهي الفضّة ـ كانت لجميعهم، وكانوا شركاء فيها؛ لأنّ الله تعالى أضافها لجميعهم. وتقتضي الآية أيضاً اشتراكهم في الطعام المشترى بالورق.

---

(1) المقدمات: 3/ 34.

(2) المقدمات: 3/ 34، والذخيرة: 8/ 55.

(3) المقدمات: 3/ 35، والجامع لأحكام القرآن: 10/ 273، والذخيرة: 8/ 19.

ب ـ عن سليمان بن أبي مسلم قال: سألت أبا المنهال عن الصرف يداً بيد؟ فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيد ونسيئة، فجاءنا البراء بن عازب فسألناه؟ فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم، وسألنا النبي ﷺ عن ذلك؟ فقال: «ما كان يداً بيد فخذوه، وما كان نسيئة فذروه»[1].

ج ـ عن عبد الله بن هشام، وكان قد أدرك النبي ﷺ وذهبت به أمه زينب بنت حميد إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله بايعه. فقال: «هو صغير» فمسح رأسه ودعا له. وأنه كان يخرج إلى السوق فيشتري الطعام، فيلقاه ابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهما فيقولان له: أشركنا فإن النبي ﷺ قد دعا لك بالبركة، فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها إلى المنزل[2].

فهذان الحديثان يدلّان على أنّ الصحابة كانت تكون بينهم الشركة، وكان النبي ﷺ يقرّهم على ذلك.

وعقد الشركة في المال بيع من البيوع؛ لأنّ الرجلين إذا تشاركا بالعروض أو بالدنانير والدراهم، فقد باع كلّ واحد منهما صاحبه نصف ما أخرج هو، فهو بيع لا تقع فيه مناجزة لبقاء يد كلّ واحد منهما على ما باع بسبب الشركة، ودليل جواز عدم المناجزة في ذلك: الإجماع، وهو الذي خصّص هذا المعنى في الشركة، وهو إجماع مبني على غير قياس، وهو رخصة[3]. وسيأتي بيان ذلك.

لزوم شركة الأموال:

تصبح الشركة لازمة بما يدلّ عليها من صيغة لفظية أو غير لفظية؛ أي: سواء كان قولاً فقط أو فعلاً فقط، وأولى إذا اجتمعا؛ كـ: «شاركني»، فيرضى الآخر بسكوت أو إشارة أو كتابة. فليس لأحدهما المفاصلة قبل خلط المالين إلا برضاهما معاً على المشهور المعوّل عليه.

ولزومها بما يدلّ عليها قاله ابن يونس وعياض، وهو مذهب ابن القاسم. ومذهب غيره أنّها لا تلزم إلّا بخلط المالين، انضمّ لذلك صيغة أم لا.

واللزوم يشمل أيضاً شركة الزرع، وهو أحد قولين، والقول الآخر أنها لا تلزم إلّا بالعمل المخصوص الذي هو البذر ونحوه كما يأتي، الأول لسحنون والثاني لابن القاسم.

---

(1) أخرجه البخاري في الشركة، باب الاشتراك في الذهب والفضة؛ ومسلم في المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً.

(2) أخرجه البخاري في الشركة، باب الشركة في الطعام وغيره.

(3) المقدمات: 3/ 44، وبداية المجتهد: 2/ 28، والذخيرة: 8/ 21.

أركان الشركة:

أركان الشركة ثلاثة:

الأول: العاقدان. يشترط أن تقع مِن أَهْلِ التَّصَرُّفِ، وهو البالغ الرشيد، الذي يصحّ منه التوكيل والتوكل؛ فلا يصح من المحجور عليه إلا بإذن أو كان مأذوناً من قبل في التجارة.

ولا يصحّ أن يشارك مسلم ذمّياً إلّا أن لا يغيب الذمّي على بيع ولا شراء، ولا قضاء ولا اقتضاء، إلّا بحضرة المسلم؛ وذلك لاحتمال معاملته بالربا[1].

الثاني: المعقود عليه وهو المال.

الثالث: الصيغة الدالّة على الإذن في التصرّف، أو ما يقوم مقامها في الدلالة؛ لأنّ المقصود حصول الرضا بكلّ ما دلّ عليه، ويكفي «اشتركنا» إن فهم المقصود عادة[2].

ما تصحّ به الشركة في المعقود عليه:

- تصحّ بذَهَبَيْنِ، بأن يخرج هذا ذهباً والآخر ذهباً ولو اختلفت السكة؛ أو تقع بوَرِقيْنِ - أي: فضّتين - بأن يخرج هذا ورقاً والآخر ورقاً مثله. وتقدّم أنّ عقد الشركة في المال بيع من البيوع، إلّا أنّه لا تقع فيه مناجزة لبقاء يد كلّ واحد منهما على ما باع بسبب الشركة، وتقدّم أيضاً أنّ دليل جواز الشركة مع عدم المناجزة في ذلك: الإجماع، وهو الذي خصّص هذا المعنى في الشركة، وهو إجماع مبني على غير قياس، وهو رخصة[3]. وسيأتي بيان ذلك.

ويشترط اتفَاق الذهبين أو الورقين فيما يلي:

* في الصَرف وقت العقد، لا إن اختلفا فيه كيزيدية ومحمدية مختلفي الصرف. فمتى اختلف صرفهما منع ولو اتحدا وزناً وجودة. ولا يضرّ الاختلاف في الصرف بعد العقد.

* في الوَزْن، لا إن اختلفا فيه كصغار من جانب وكبار من الآخر، وتم مقابلة عدد الصغار بعدد الكبار مع إلغاء الوزن. وأما لو كان التعامل بالوزن وقوبلت أربعون من الصغار بوزن عشرين من الكبار لجاز.

* في الجوْدَة أو الرَداءَة، لا نحو يزيدية ومحمّدية، ولو اتفق الصرف فيهما، ولو جعل من الربح لصاحب الكبار أو الجيدة بقدر صرفها؛ لأنه يرجع للتقويم في العين والعين لا تقوم.

(1) الذخيرة: 8/ 20. (2) الذخيرة: 8/ 21.

(3) المقدمات: 3/ 44، وبداية المجتهد: 2/ 28، والذخيرة: 8/ 21.

ولا تصحّ بتبر ومسكوك ولو ساوت جودة التبر سكَّة المسكوك للعلة المتقدمة.

والحاصل أنّ الشركة في النقد يشترط فيها الاتفاق في الأمور الثلاثة لتركبها من البيع والوكالة. فإن اختلفا في واحد منها فسدت الشركة.

وعلة الفساد في اختلاف صرفهما: التفاوت إن دخلا على إلغاء الزائد، والرجوع للتقويم في النقد إن دخلا على اعتباره.

والعلة في اختلاف الوزن: بيع نقد بنقد متفاضلاً.

وفي اختلافهما بالجودة والرداء: دخولهما على التفاوت في الشركة إن عملا على الوزن لا القيمة، وإن دخلا على القيمة فقد صرفا النقد للقيمة، وذلك يؤدي إلى بيع النقد بغير معياره الشرعي الذي هو الوزن. لكن قد يقال: لو أخرج أحدهما عشرين ديناراً كاملة أو عشرين ريالاً كذلك، وأخرج الثاني أربعين نصفاً والصرف متحد، بأن كان صرف الدينار عشرة دراهم، وصرف النصفين كذلك والوزن والجودة أو الرداءة متحدان لم يظهر للمنع وجه.

ـ تصحّ بالذهب والفضة معاً، بأن يخرج أحدهما دنانير ودراهم كعشرة دنانير وعشرة دراهم، ويخرج الثاني مثله فتصح، وتعتبر مساواة ذهب كلّ وفضته لذهب وفضة الآخر في الأمور الثلاثة المتقدمة؛ أي: اتحاد الصرف والوزن والجودة والرداءة.

ـ تصحّ بالعرضين المتفقين من صنف واحد، والدليل على ذلك[1]: الإجماع.

ـ تصحّ بِعَيْنٍ من جانب وبعَرْضٍ من الآخر؛ وبعَرْضَيْنِ؛ أي: من كلّ جانب عرض مُطْلَقَاً، اتفقا جنساً أو اختلفا، كحمار وثوب، ودخل فيه طعام من جهة وعرض من أخرى. فالمراد بالعرض ما قابل العين فيشمل الطعام. ووجه الجواز بالعرضين المختلفين، وبالعرض من جهة والعين من جهة أخرى أنّه ليس في ذلك ممّا يمنع إلّا علّة واحدة، وهو اجتماع البيع والشركة، فاستخفّت لانفرادها ولدخول البيع في الشركة[2].

ويعتبِر كلٌّ من العرضين أو العرض مع العين بالقِيمَةِ يَومَ العَقْدِ، كالشركة في العين مع العرض بالعين وقيمة العرض، فإن كانت قيمته قدر العين فالشركة بالنصف، وإن كانت قدرها مرتين فبالثلث والثلثين؛ وكالشركة في العرضين بقيمة كلّ فإن تساويا فبالنصف وإن تفاوتا فبحسب كل، وذلك إن صَحَّت الشركة.

فإن فسدت كما لو وقعت على التفاضل في الربح أو العمل، فلا تقويم ورأس مال كلّ ما بيع به عرضه إن بيع وعرف الثمن؛ لأنّ العرض في الفاسدة لم يزل على ملك ربه، فإن بيع ولم يعرف ثمن كلّ اعتبر قيمة كلّ وقت البيع؛ لأنه وقت الفوات. وهذا ظاهر فيما إذا بيع فإن لم يبع أخذ كلّ عرضه.

---

(1) المعونة: 2/ 1149، والمقدمات: 3/ 45. (2) المقدمات: 3/ 45.

من الفاسد أن تكون بالطَّعَامَيْنِ، فإنها فاسدة كما يأتي وتعتبر في الطعامين القيمة يوم البيع، إن تمّ البيع قَبْلَ الخَلْطِ ولم يعلم الثمن الذي بيع به، فإن بيع بعد الخلط اعتبرت القيمة فيهما يوم الخلط؛ لأنه وقت الفوات، وفضّ الربح على القيم وكذا الخسر. قال الناصر اللقاني: الفرق بين خلط الطعامين وخلط العرضين، أنّ خلط العرضين لا يفيتهما لتميّز كلّ واحد منهما؛ بخلاف خلط الطعامين فيفيتهما لعدم تميّز أحدهما من الآخر، فهو بمنزلة بيع العرضين في الفوات.

ما لا تصحّ به الشركة:

- لا تصحّ الشركة إذا انفرد كلّ واحد بمال نفسه، من غير أن يكون يد الآخر عليه، حتّى يكون أيديهما عليه، بأن يجعلاه في تابوتهما أو حانوتهما، أو على يد وكيلهما، فتصحّ حينئذ الشركة، وإن لم يخلطاه، وإن كانت أعيانه متميّزة. ودليل عدم صحة الشركة بالانفراد: أنّ الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال، وإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة؛ لأنّهما على ما كانا عليه من انفراد المالين، فلم يحصل منهما إلّا القول، ومجرّد القول لا تأثير له[1].

- لا تصح الشركة بِذَهَبٍ من جانب وبَورِقٍ من الجانب الآخر، ولو عجّل كلّ منهما ما أخرجه لصاحبه، لاجتماع علّتين هما: عدم التناجز، واجتماع الشركة والصرف[2]، فإن عملا فلكلّ رأس ماله الذي أخرجه، ويفضّ الربح لكلّ عشرة دنانير دينار مثلاً، ولكل عشرة دراهم درهم. ووجه التعليل هنا باجتماع الشركة والصرف، أنّ الشركة من جهة بيع كلّ منها بعض ماله ببعض مال الآخر، بقطع النظر عن كون أحد المالين ذهباً والآخر فضّة؛ والصرف من جهة بيع أحدهما بمال الآخر منظور فيه لخصوص كون أحد المالين ذهباً والآخر فضّة، فآل الأمر إلى أنّ بيع الذهب بالفضة هو الشركة والصرف، لكنّهما مختلفان بالاعتبار كما علمت. وهذا التعليل ورد في المدونة، قال ابن عبد السلام: احتجاجه في المدونة على المنع بهذا التعليل غير بيّن؛ لأنّ العقود المتضمّنة للشركة إنما يمنع من صحتها إن كانت تلك العقود خارجة عن الشركة، فإن كانت غير خارجة عنها لم تكن مانعة. وأجابوا بأنّ هذا في العقود المغايرة للصرف، وأما هو فمتى انضمّ للشركة اقتضى منعها وإن كان غير خارج عنها لضيقه وشدّته.

- ولا تصح بطَعَامَيْنِ مختلفين جنساً أو صفة، لاجتماع علّتين هما: عدم المناجزة، واجتماع البيع والشركة[3].

وكذا لا تصحّ في الطعامين ولو اتّفَقَا قدراً - أي: كيلاً - وصفة، وهذا قول الإمام

---

(1) الإشراف: 2/ 604، والذخيرة: 8/ 47. (2) المقدمات: 3/ 45.

(3) المقدمات: 3/ 45.

مالك. وخالف ابن القاسم فقال بجواز المتفقين. وعلّل عدم الصحّة عند الإمام ببيع الطعام قبل قبضه؛ لأنّ كلّ واحد منهما باع نصف طعامه بنصف طعام الآخر، ولم يحصل قبض لبقاء يد كلّ واحد على ما باع. فإذا باعا لأجنبي كان كلّ منهما بائعاً لطعام المعاوضة قبل قبضه من بائعه. فمعنى بقاء يد كلّ واحد على ما باع؛ أي: لأنّ كلّ واحد صار شريكاً فيما قبضه من صاحبه وفيما دفعه له، فيد كلّ واحد منهما جائلة في مال كلّ واحد منهما، ولو حاز كلّ واحد بالخصوص حصّة الآخر فلا يعدّ ذلك الحوز قبضاً لنفسه، بل كلّ واحد قابض لنفسه ولشريكه. وسبب الاختلاف بين الإمام مالك وابن القاسم في الطعامين المتفقين، أنّ الإمام لم يقس الطعام على الدنانير والدراهم في عدم اعتبار المناجزة؛ لأنّه عنده لا يصحّ القياس على إجماع مبني على غير قياس؛ وأمّا ابن القاسم فذهب في هذه المسألة إلى جواز القياس عليه، فأجاز الشركة بالطعام إذا اتفقا في القدر ـ أي: الكيل ـ والصفة قياساً على الدنانير والدراهم[1].

ضمان التلف في الشركة:

تقدّم أنّ الشركة تلزم بالعقد، فليس لأحدهما المفاصلة دون الآخر قبل النضوض، وعليه إذا تلف أحد المالين أو بعضه فإنّ الضمان لا يحصل إلا بخلطهما ولو حكماً، فما تَلفَ من مال الشركة قَبْل الخَلْطِ الحقيقي وَلَو الخلط الحُكْمِي، فيكون مِن ربهِ دون صاحبه؛ أي لا يتوقف الضمان من ربّ التالف على عدم الخلط الحقيقي بل على عدمه حقيقة أو حكماً. والحكمي: أن يكون كلّ مال في صرة على حدة، وجعلا في حوز واحد كصندوق أو خزانة تحت أحدهما أو أجنبي، إن كان مال الشركة مثليًّاً كعين.

فإن حصل التلف بعد الخلط ولو حكماً أو كان المال عرضاً فَالضمان مِنْهُمَا معاً، ولا يختص برب المال.

والمعنى أنّ ربّ التالف يستمر الضمان عليه وحده ما دام لم يحصل خلط حقيقي ولا حكمي، فإن حصل الخلط الحقيقي أو الحكمي كان الضمان عليهما.

ولا يشترط الخلط في العرض كما قيد اللخمي به المدونة.

ثم إذا تلف شيء قبل الخلط وقلنا ضمانه من ربه فقط، فالشركة لم تنفسخ لما علمت أنها لازمة بالعقد.

ويكون ما اشتُرِيَ بالسَّالِمِ بَينَهُمَا على ما دخلا عليه من مناصفة أو غيرهما. وعلى رَب المُتْلَفِ ـ بفتح اللام ـ أيَ: المال التالف ثَمَنُ حِصتِهِ، من الشركة نصفاً أو أقل أو أكثر. فإذا اشترى بالسالم سلعة بمائة فعلى الذي تلف ماله نصف المائة حيث كانت الشركة مناصفة.

---

(1) المقدمات: 3/ 44، وبداية المجتهد: 2/ 283.

ولكن إذا اشترى ربّ السالم بماله السالم بَعْدَ عِلْمِهِ بتلف مال صاحبه، فَلَهُ الربح وعَلَيْهِ الخسر، إلا أن يختار من تلف ماله الدخول معه، فله الدخول إلّا أن يدّعي المشتري الأخذ لنفسه فلا دخول له معه. فمحل كونه بينهما لزوماً إذا لم يعلم بالتلف. وهذا على تأويل عبد الحق وابن يونس للمدونة. وتأولها ابن رشد على أنّ ربّ السالم إن اشترى قبل علمه بالتلف كان الخيار بين إدخال صاحبه معه أو يختص به. وإن اشترى بعد علمه بالتلف اختص به وكان له الربح وعليه الخسر. والتأويل الأول أظهر للزومها بالعقد. وكان ابن رشد تأولها على مذهبه من أن الشركة من العقود الجائزة لا اللازمة، فلكل منهما أن يفك عن نفسه ما لم يحصل عمل.

ولا يضرّ انفِرادُ أحَد الشريكين بِشَيءٍ من مال الشركة يتجر فيه لِنَفْسِهِ على حدة، في مكان آخر في البلد أو في بلد آخر، على أنّ ما حصل من ربح في كلّ فهو بينهما على ما دخلا عليه.

أنواع شركة الأموال من حيث تصرف الشركاء:

الشركة من حيث تصرف الشركاء نوعان: شركة مفاوضة وشركة عنان. ويترتب على كلّ منهما أحكام.

النوع الأول من أنواع شركة الأموال: شركة المفاوضة:

شركة المفاوضة أن يطلق كلّ واحد من الشركاء لغيره التَّصَرُّفَ، بالبيع والشراء والأخذ والعطاء، دون توقّف على إذن الآخرين. فسميت مفاوضة لأن كلّ واحد فوض لصاحبه التصرف. وقد اعترض الإمام الشافعي على مشروعيتها، للضمان الذي فيها، وأنّه غرر. ودليل جوازها، وأنّه ليس فيها غرر[1]:

أ ـ عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29]. وشركة المفاوضة تجارة.

ب ـ القياس على شركة العنان؛ لأنّ المفاوضة وكالة وكفالة، فيصحّان مجتمعين كما صحّا منفردين.

ج ـ القياس على البيع؛ لأنّ الضمان يوجب ثبوت المال في الذمّة، فيثبت مع الشركة كالبيع.

د ـ أنّ كلّ واحد من المتشاركين قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه، بما أخرجا المالين، ثمّ وكّل كلّ واحد منهما صاحبه على التصرّف فيه على الإطلاق، فانعدم بذلك تصرّف أحدهما بدون إذن صاحبه، فلا غرر.

---

(1) الإشراف: 2/ 605، والمعونة: 2/ 1147، والمقدمات: 3/ 36، وبداية المجتهد: 2/ 285، والذخيرة: 8/ 54.

هـ ـ أنّ شركة المفاوضة تتضمّن الوكالة والكفالة أي: الضمان، وتعلّق الوكالة بها كتعلّقها بالعنان، لكن تزيد المفاوضة بالكفالة فيما يثبت لأحدهما عند صاحبه من الحقوق، والضمان يصحّ في الذمّة لمجهول.

و ـ أنّ شركة المفاوضة تدعو إليه حاجة الارتفاق بين المتشاركين؛ والغرر اليسير معفو عنه في الشرع في البيوع؛ لأنّه ممّا لا تكاد تعرى عنه البياعات، فكيف الشركة التي خالفت الصرف والبيع في عدم المناجزة والتسليم، لبقاء يد كلّ واحد على ما شارك به.

إلّا أنّه إذا لم يقيّد بنوع تسمى مفاوضة عامة، وإذا خصت بنوع سميت مفاوضة خاصة؛ أي: بنوع الذي أطلق التصرف فيه.

ويكون إطلاق التصرف إمّا بالنصّ أو بالقرينة. وأمّا لو قالا: اشتركنا، فقط وليس هناك قرينة، ولا تقييد بعنان ولا مفاوضة، كانت عناناً.

وليس من شرط شركة المفاوضة أن تكون رؤوس الأموال فيها متساوية، كما ليس من شرطها أن لا يبقى لأحدهما مال إلّا ويدخل في الشركة، والدليل[1]:

أ ـ القياس على شركة العنان؛ لأنّ كلّ شركة جازت مع تماثل رؤوس الأموال جازت مع اختلافها كالعنان.

ب ـ أنّ عقد الشركة يقتضي بيع نصيب أحدهما بقسطه من نصيب الآخر، وتوكيل أحدهما الآخر في التصرّف، وذلك لا يفتقر إلى تساوي المالين.

ما يجوز لأحد المتفاوضين:

ـ يجوز لأحد المتفاوضين التَبرعُ من مال الشركة بغير إذن شريكه بشيء، كهبة وحطيطة لبعض ثمن بالمعروف، وذلك إن استَألَفَ بالتبرع قلوب الناس للتجارة، أو خَفَّ ما تبرّع به كإِعَارَةِ آلَةٍ كحبل ودلو وإناء، ودَفْعِ كِسْرَة لفقير.

ـ يجوز له أن يُبْضِعَ من مال الشركة، بأن يعطي إنساناً مالاً منه ليشتري له بضاعة من بلد كذا. وذلك إن اتسع المال.

ـ يجوز له أن يُقَارِضَ، بأن يعطي مالاً لغيره قراضاً، بجزء من الربح شركة. وذلك إن اتسع المال وإلا منع.

ـ يجوز له أن يُودِعَ وديعة منه لعُذرِ اقتضى الإيداع، وإلّا يكن الإيداع لعذر ضَمِنَ إنْ ضاعت الوديعة.

ـ يجوز له أن يُشَارِكَ أجنبياً في شيء مُعَيَّنٍ، حيث لا تجول يد الأجنبي في باقي مال الشركة. وسواء كانت الشركة في ذلك المعين مفاوضة أو غيرها.

---

(1) الإشراف: 2/ 605، وبداية المجتهد: 2/ 285.

- يجوز له أن يَقْبَلَ المَعِيبَ، إذا باعه هو أو شريكه ثم رد بالعيب، وإن أبَى الآخرُ.

- يجوز له - أي: في حال المفاوضة - أن يُقِرَّ بدَيْنٍ عليه من مال الشركة، لِمَنْ لا يُتَّهَمُ عَلَيهِ، ويلزم الإقرار شريكه الآخر. وهذا مقيّد بأن يقرّ قبل التفرق وقبل موت شريكه. فإن أقرّ بعد التفرّق أو الموت فهو شاهد في غير نصيبه.

أما الإقرار لمن يتهم عليه، كابن وزوجة وصديق ملاطف فلا يلزم صاحبه. وأمّا هو فيؤخذ به في ذمّته.

فإن أقرّ بأنّ هذه السلعة ليست من سلع التجارة بل وديعة لفلان، فإنّه يصدّق بالأولى من الإقرار بالدين. وهذا واضح إذا شهدت بيّنة بأصل الوديعة، وإلّا كان تعيينه للوديعة كإقراره بها وحكمه أنّه يكون شاهداً، سواء حصل تفرّق أو موت أو لا.

- يجوز له أن يَبِيعَ سلعة من مال الشركة بَدَيْنٍ؛ أي: بثمن لأجل معلوم.

وأمّا الشرَاءُ بالدين فلا يجوز له. لأنه إذا اشترى بدين في ذمته للشركة من غير إذن شريكه، لم يكن لصاحبه شيء من ربحها ولا عليه شيء من خسارتها؛ لأنّها من شركة الذمم وهي لا تجوز، لئلا يأكل شريكه، في حال الربح، ربح ما لم يضمن، أو يغرم في حال الخسارة ما ليس عليه؛ لأن ضمان الدين من المشتري وحده. فإن أذن له في سلعة معيّنة جاز؛ لأنه صار بالإذن له وكيلاً عنه فيما يخصه، فكانا بمنزلة رجلين اشتريا سلعة بينهما بدين فإنه جائز قطعاً. ثم إن اشترط البائع ضمان كلّ عن صاحبه جاز له أخذ الثمن من أيّهما شاء، وإن لم يشترط لم يلزم كلّ واحد منهما إلّا ما يخصه، وقد تقدم هذا. فعلم أن محل المنع إذا اشترى أحد الشريكين بدين في ذمته بلا إذن صاحبه. وأصله للإمام اللخمي، لكنه قيد المنع بما إذا طال الأجل لا إن كان كاليومين والثلاثة؛ لأنه من ضرورات البيع والشراء. وإذا مُنع لطول الأجل فصاحبه له الخيار في القبول والرد؛ فإن رد اتبع المشتري خاصة بالثمن وعبارة اللخمي في التبصرة: «ولا يشتري بثمن مؤجل، فإن فعل وكان بغير إذن شريكه فالشريك بالخيار بين الرد والقبول، فيكون الثمن على المشتري خاصة» ثم قال: «ويجوز لأحد الشريكين أن يشتري ما لا يكون ثمنه معه على النقد بعد اليومين والثلاثة، وهذا مما لا بد منه» ثم الذي مشى عليه ابن الحاجب: أنه يجوز له البيع والشراء بالدين أي: نظراً؛ لأنّ المفاوضة إذن بالشراء مطلقاً وإن لم يصرح بالإذن عند الشراء، وهو قول ابن رشد وظاهر المدونة في قولها: «وما ابتاع أحد المتفاوضين من بيع صحيح أو فاسد لزم الآخر ويتبع البائع بالثمن أو القيمة في فوت الفاسد أيهما» (ا.هـ.)، وهو شامل للشراء بالنقد وبالدين، وإنما يظهر التعليل بشركة الذمم في شركة العنان لا المفاوضة.

وأصل شركة الذمم الممنوعة عند مالك وأصحابه؛ أن يتفق اثنان مثلاً على أن كلّ

من اشترى منهما سلعة غير معينة بدين يكون الآخر شريكاً له فيها. وإنّما كانت فاسدة؛ لأنها من باب «تحمل عنّي وأتحمل عنك» وهو ضمان بجعل، و«أسلفني وأسلفك» وهو سلف جرّ منفعة[1].

عمل أحد الشريكين قراضاً أو تجراً مع غير شريكه:

وإذا أخذ أحد الشريكين مالاً من شخص ليعمل فيه قراضاً[2] بالربح الذي جعله له رب المال، وأخذه بإذن شريكه؛ فإنّه يستقل بالربح والخسر؛ لأن مال القراض خارج عن الشركة. ويجوز إن أذن له شريكه أو كان العمل فيه لا يشغله عن العمل في الشركة، ولو بغير إذن شريكه.

كما يستقل المُتَّجِر بوَدِيعةٍ عنده بالرِّبْحِ والخُسْرِ دون شريكه؛ إلّا أنْ يَعْلَمَ شَرِيكُهُ بِتَعَديهِ في الوَدِيعَةِ ويرضى بذلك، فالربح لهما والخسر عليهما.

تقدير العمل والربح والخسر بين الشريكين:

يجب أن يكون العَمَلُ والربحُ والخُسْرُ بين الشريكين في مال الشركة بقدر المالين. ويكون بينهما بقَدْرِ المَالَيْنِ مناصفة وغيرها. وتصحّ الشركة إن دخلا على ذلك أو سكتا، ويقضى عليهما بذلك.

وتفسدت الشركة إذا اشترط التَّفَاوُت في ذلك عند العقد. ويفسخ إن اطَّلع على ذلك قبل العمل. ودليل الفساد[3]:

أ ـ ما في ذلك من الغرر؛ لأنّ اشتراط الزيادة ـ أي: في العمل ـ استئجار من مشترطها للآخر بفضل ربح ماله.

ب ـ قياس الربح على الخسر؛ لأنّه قد ثبت أنّ عقد الشركة يوجب في جهة كلّ واحد من الشريكين قسطاً من الربح والخسران، وأنّ أحدهما لو شرط على الآخر جزءاً من الخسران أن ينفرد به كان ذلك غير جائز، كذلك إذا شرط جزءاً من الربح، بعلّة أنّهما ـ أي: الربح والخسر ـ ثمرتا مال الشركة، فوجب تساويهما فيه بقدر المال.

ج ـ قياس الربح على أجرة العقار؛ لأنّ الربح ثمنه المال والمال أصله، فوجب أن يتقسّط بين الشريكين على قدر الملك، كأجرة العقار.

د ـ أنّه من أكل المال بالباطل.

فإن اطلع عليه بعده فضّ الربح على قدر المالين. وَرَجَعَ كُلّ منهما على صاحبه بِمَا يثبت لَهُ عِنْدَ الآخَرِ منْ أجرِ عَمَلٍ أوْ رِبْحٍ. فإذا كان لأحدهما ثلث المال كعشرة،

---

(1) حاشية الصاوي: 2/ 169.

(2) القراض يطلق على المال المأخوذ ويطلق على التجر به.

(3) الإشراف: 2/ 606، والمعونة: 2/ 1146، والذخيرة: 8/ 52.

وللآخر الثلثان كعشرين، ودخلا على المناصفة في العمل والربح، فصاحب الثلثين يرجع على صاحب الثلث بسدس الربح، ويرجع صاحب الثلث على صاحب الثلثين بسدس أجرة عمله.

فإن شرطا التساوي في الربح فقط وكان العمل بقدر المالين، رجع صاحب الثلثين على صاحب الثلث بسدس الربح، ولا رجوع لصاحب الثلث بشيء.

وإن شرطا التساوي في العمل فقط رجع صاحب الثلث بسدس أجر عمله، ولا رجوع لصاحب الثلثين بشيء، وهكذا.

ولأحد الشريكين التَّبَرُّعُ لصاحبه بشيء من الربح أو العمل بعد العقد على الصحة، ولو كان بأثر العقد. والجواز مبني على أنّ اللاحق للعقود ليس كالواقع فيها. فإذا عقدا على أن لصاحب ثلث المال الثلث من الربح، وعليه ثلث العمل فالعقد صحيح. وله أن يعمل بعد ذلك النصف أو أكثر، ولصاحب الثلثين أن يتبرع له بشيء من ربحه؛ لأنه من باب المعروف والصلة. وأمّا التبرع له حين العقد أو قبله فغير جائز.

وكذلك له الهِبَة والسلف لصاحبه بأن يسلف صاحبه أو يهب له شيئاً بَعْدَ العَقْدِ الواقع صحيحاً، لا حين العقد ولا قبله.

وعلّة المنع في السلف قبل العقد أو حينه، أنه سلف جرّ نفعاً. وفي الهبة والتبرع فلأنّ ذلك كأنه من الربح، فيكون قد أخذ أكثر من حقه.

التنازع بين الشريكين:

يد كلّ واحد من الشريكين يد أمانة؛ لأنّ كلّ واحد منهما وكيل للآخر[1]. فيكون القَوْلُ في تنازعهما في التلف أو الخسر لمُدَّعِي التَّلَفِ والخُسْرِ؛ لأنّه أمين. ويحلف إن اتهمه صاحبه وإن كان في ذاته غير متّهم. وهذا إن لم يظهر كذبه بالبينة، أو بالقرائن؛ كدعواه التلف وهو في رفقة لا يخفى عليهم ذلك ولم يعلم به أحد منهم؛ وكدعواه الخسارة في سلعة مرغوب فيها سعرها مشهور؛ وإلّا غرم.

والتلف يكون عن غير تحريك، بل عن أمر سماوي أو لصّ. وأمّا الخسر فهو ما نشأ عن تحريك.

وإذا اشترى أحد الشريكين شيئاً من طعام أو شراب أو كسوة يناسبه، وادعى أنه اشتراه لنفسه أو لعياله، وادعى الآخر أنه اشتراه للشركة، فالقول لمن ادعى أنه اشتراه لنفسه إذا كان لائقاً به، لا إن كان غير لائق أو كان عروضاً أو عقاراً أو حيواناً، فالقول لمن ادعى أنه للشركة.

ويكون القول لمدَّعِي النصْفِ، عند تنازعهما فيه وفي غيره؛ لأنه الأصل إن حلفا،

---

(1) الذخيرة: 8/ 66.

وكذا إن نكلا، ويقضي للحالف على الناكل، هذا قول أشهب. وقال ابن القاسم: إن ادعى أحدهما النصف والآخر الثلثين أعطي مدعي النصف الثلث ومدعي الثلثين النصف وقسم السدس بينهما.

ويكون القول لمدّعي الاشْتِرَاك في مال بِيَدِ أَحَدِهِمَا، دون مدّعيه لنفسه، إلا لبَيِّنةٍ تشهد للحائز، كَأن يكون إرثاً له، وأنه متأخر عن الشركة، بل وإن قالت: لا نَعْلَمُ تَأَخُّرَهُ عن الشركة، فيكون للحائز الذي ادعاه لنفسه؛ لأنّ الأصل عدم خروج الأملاك عن يد أربابها. فإن قالت: نعلم تقدمه عليها فهو بينهما، إلّا أن تشهد بإخراجه عنها.

حكم نفقة الشريكين:

تلغى نَفَقَة الشريكين على أنفسهما، وكِسْوَتُهُمَا؛ فلا يحسبان عند النضوض أو المفاوضة، وإن كان كل واحد منهما ببلد غير الذي به الآخر، وكان البلدان مُخْتَلِفَيْ السعْرِ ولو اختلافاً بيّناً. وهذا بشرط أن يتساويا أو يتقاربا في النفقة، وأن يتساويا في المال بأن كانت الشركة على النصف. فإن لم يتساويا فكل واحد على قدر ماله.

كما تلغى النفقة والكسوة على عيالهما، إن تَقَارَبَا عيالاً ونفقة. فإن لم يتقاربا حَسَبَ ما أنفقه كلّ واحد ورجع ذو القليل على ذي الكثير بما يخصه.

وإن انفرَد أحدهما بالنفقة على نفسه أو العيال دون الآخر، فإنه يحسب ما أنفقه. وما قيل من أن من انفرد بالنفقة على نفسه أو عياله لا يحسب فيه نظر.

النوع الثاني من أنواع شركة الأموال: شركة العنان:

وهذه التسمية مأخوذة من عنان الدابة، كأنّ كلّ واحد أخذ بعنان صاحبه، فلا يطلقه يتصرّف حيث يشاء.

فإنْ شَرَطَ الشريكان نَفْيَ الاسْتِبدَادِ بالتصرّف؛ بل كلّ واحد يتوقّف تصرفه على إذن الآخر فهي شركة عنان. ودليل جوازها[1]: الإجماع.

فإن تصرف أحدهما بلا إذن، فللثاني رده وضمن إن ضاع ما تصرف فيه.

وإن اشترط نفي الاستبداد من أحدهما فقط، فهل هي صحيحة وتكون مطلقة من جهة دون جهة أو فاسدة؟ لأن الشركة يقتصر فيها على ما ورد، واستظهره بعضهم.

ولو قال إنسان لآخر: اشْتَرِ كَذَا لي وَلَكَ، والثمن بيننا؛ فهي وكالة بالنسبة لتولي الشراء، كما أنها بالنسبة لذات السلعة المشتراة شركة.

وإذا كان وكيلاً في الشراء كان له طلبه بالثمن الذي أداه عنه لبائعها، فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهَا عنده في نظير الثمن سواء قال له: وانقد عني، أو لم يقل. إلّا أنْ يَقُولَ لَهُ:

---

(1) المقدمات: 3/ 37، 39.

اشترها لي ولك، واحْبسهَا عندك حتى أوفيك الثمن، فتكون كَالَّرهنِ فله حبسها حتى يوفيه الثمن، ويكون أحق بها في فلس أو موت حيث حبسها، وعليه ضمانها ضمان الرهان.

ويجوز أن يقول له: اشتر لي ولك، وانْقدْ عَنِّي ما يخصني من الثمن؛ لأنه من المعروف، إذ هو سلف له ووكالة عنه في الشراء. ومحل الجواز إنْ لَمْ يَقُلْ: وأنَا أبيعُهَا عَنْكَ؛ أي: أتولّى بيعها عنك وإلا منع؛ لأنّه سلف جرّ نفعاً. فإن وقع كانت السلعة بينهما ولا يتولى البيع؛ فإن تولاه كان له جعل مثله.

ويجوز أن يقول له: اشتر لي ولك، وأنا أنْقد عَنْكَ؛ لأنّه معروف، إلا إذا كان المُشْتَرِي خبيراً بالشراء أو كان ذا وجاهة فلا يجوز، لما فيه من السلف بمنفعة.

شركة الذمم:

قد تقدّم أنّ شركة الذمم ممنوعة عند مالك وأصحابه؛ وهي أن يتفق اثنان مثلاً على أن كلّ من اشترى منهما شيئاً غير معيّن بينهما حين العقد، بدين - أي: في ذمّته - يكون الآخر شريكاً له فيها، كما يكون كلّ منهما ضامناً للآخر فيما اشترى في الخسر والتلف، ثمّ يبيعانها، وما خرج من الربح فيكون بينهما. وسواء كانا ببلد واحد أو ببلدين، يجهّز كلّ منهما سلعاً. ودليل المنع[1]:

أ - أنّها شركة بغير مال ولا عمل فلم تصحّ، قياساً على ما إذا قال أحدهما للآخر: بع سلعتك وأنا شريكك في ثمنها، أو ابتع ما تبتاعه ولي نصف ربحه.

ب - أنّها غرر ومخاطرة؛ لأنّ كلّ واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص؛ ولأنّ كلّ واحد يصير بائعاً لنصف ما يشتري الآخر بنصف ربحه هو، وذلك غرر ومجهول.

ج - أنّه من أكل المال بالباطل؛ لأنّ كلّ واحد يستعير ذمّة صاحبه بذمّته، أو يستأجره، بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح.

د - أنها من باب «تحمل عنّي وأتحمل عنك» وهو ضمان بجعل، و«أسلفني وأسلفك» وهو سلف جرّ منفعة[2].

فيشترط للمنع شرطان:

- أن تكون السلعة غير معيّنة حين العقد. فيكون في ذلك عدم إذن كلّ منهما بما اشتراه الآخر.

- أن يكون كلّ منهما حميلاً عن الآخر أي: ضامناً له في الخسر والتلف. فيكون في ذلك عدم معرفة كلّ منهما بما يتحمّل به عن صاحبه.

---

(1) الإشراف: 2/ 605، والمعونة: 2/ 1147، والمقدمات: 3/ 39، وبداية المجتهد: 2/ 286.

(2) الذخيرة: 8/ 29، والشرح الكبير وحاشيته: 3/ 364، وحاشية الصاوي: 2/ 169.

وذلك من أعظم الغرر.

وإذا وقعت كانت فاسدة، وثمن المشترى يكون بينهما على ما تعاقدا عليه من تساو أو غيره، وتفسخ الشركة بينهما من حينها[1].

فإن دخلا على شراء شيء معيّن، وتساويا في التحمّل؛ أي: الضمان، جاز. ودليل الجواز[2]: عمل السلف، وإن كان علّة المنع وهي الضمان بجعل والسلف بمنفعة موجودة.

وإذا تعاقد رجلان على أن يقعد أحدهما في حانوت يبيع فيه، ويأتيه الآخر بالمتاع، وللبائع نصف الربح أو ثلثه فلا يجوز؛ والحكم هو أن يكون للذي في الحانوت أجرة مثله، والربح كلّه للذي يأتي بالمتاع. ووجه عدم الجواز أنّها إجارة فاسدة، من أجل أنّ الربح تابع للضمان، فإن كان ضمان السلع من الذي أقعده في الحانوت وجب كون جميع الربح له، وللعامل أجرة مثله[3].

شركة الوجوه:

هي أن يبيع تاجر وجيه، مرغوب في الشراء منه، مشهور بين الناس، سلعة تاجر آخر خامل، خفي بين الناس، لا يرغبون في شراء سلعه، ويكون ذلك بجزء ـ كثلث ـ من الربح يأخذه التاجر الوجيه. وهذا العقد فاسد ويفسخ. ووجه الفساد أنّه إجارة بأجرة مجهولة، والغرر بالتدليس. ودليل منع شركة الوجوه ما تقدّم من أدلّة منع شركة الذمم.

وإذا وقع العقد على هذا فإنّه يكون للوجيه جعل مثله، بالغاً ما بلغ، وللمشتري ردّ السلعة إن كانت قائمة، وإن فاتت لزمه الأقلّ من ثمنها أو قيمتها. ووجه كون أنّ له الأقلّ منهما؛ لأنّ الوجيه غشّه[4].

أقسام شركة الأموال من حيث الجبر وعدمه:

تنقسم شركة الأموال إلى شركة جبر وعدمه:

شركة الجبر وشروطها:

يجبر المشتري لسلعة على مشاركة الغير معه فيما اشتراه. وأصل مشروعية الجبر قضاء عمر رضي الله عنه بها[5]. ويشترط فيها ستّة، ثلاثة في الشيء المشترى، وثلاثة في المشرك ـ بالفتح ـ، هي:

---

(1) الشرح الكبير وحاشيته: 3/ 364، ومنح الجليل: 6/ 298.

(2) حاشية الشرح الكبير: 3/ 364.

(3) منح الجليل: 6/ 299.

(4) الشرح الكبير وحاشيته: 3/ 364، ومنح الجليل: 6/ 299.

(5) بلغة السالك: 1/ 172.

ـ أن يشترى شَيْئَاً بسُوقِهِ المعدّ له ولو لم يكن المشتري من أهله. فلا جبر إن اشتراها ببَيْتٍ اتفاقاً، أو بزُقَاقٍ على المعتمد.

ـ أن يشتريه للتجارة. فلا جبر إن اشتراه لِمثلِ سفَرٍ به وإن لتجارة، أو اشتراه لقنية أو إقراء ضيف أو عرس أو إهداء. ويصدّق في ذلك بيمينه.

ـ أن تكون التجارة به في البلد.

ـ أن يكون المشرك حاضراً في السوق وقت الشراء. فلا جبر إذا كان غائباً حين الشراء.

ـ أن يكون من تجار تلك السلعة التي بيعت في حضرته. فلا جبر إذا لم يكن من تجارها، بأن لم يكن تاجراً أصلاً، أو كان من تجار غيرها.

ـ أن لا يتكلم بمزايدة. فلا جبر إذا تكلّم بزيادة.

ومحلّ الجبر إذا وجدت هذه الشروط، أن لا يبيّن المشتري للحاضرين من التجار أنّه لا يشارك أحداً منهم، ومن شاء أن يزيد فليفعل، وإلّا فليس لهم جبره.

ومتى وجدت شروط الجبر، فللتجار جبره ولو طال الأمر حيث كان ما اشترى باقياً. وقيل يفصل فيه كالشفعة، فلا جبر بعد السنة.

ولا يجبر المشتري الحاضرين عند عدم تكلمهم بالمزايدة على مشاركتهم له. وأما إن حضروا السوم وقالوا له أشركنا، فأجابهم بنعم أو سكت، فإنّهم يجبرون على مشاركته، كما إنّه يجبر على مشاركتهم إن طلبوا.

القسم الثاني من أقسام الشركة: شركة الأبدان:

شركة الأبدان هي الشركة في العمل البدني.

حكمها:

تجوز الشركة في العَمَل البدني أو في المعيّن في المال الحاصل بسبب العمل، كالخياطة والحياكة والتجارة. ودليل جواز شركة الأبدان[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: 41]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى جعل الغانمين شركاء فيما غنموا بقتالهم وبما أفاءت عليهم سيوفهم، وليس هناك بين المقاتلين مال ولا تجارة، وإنّما هي شركة أبدان بغير ضمان.

ب ـ ما روي أنّ ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً ولم ينكر النبي ﷺ عليهما.

(1) الإشراف: 2/ 604، والمعونة: 2/ 1148، والمقدمات: 3/ 38، وبداية المجتهد: 2/ 286، والذخيرة: 8/ 33.

ج ـ أنّ المقصود من شركة المال هو العمل، بدليل أنّ نماء المال واستحقاق الربح يكون من العمل، وأنّ المتشاركين لو شرطا العمل على أحدهما لم يجز، وإن شرطا المال من أحدهما والعمل من الآخر لصحّ وكان قراضاً؛ وإذا صحّ هذا وجب متى اشتركا في عمل البدن أن يصحّ، لإيقاعهما العقد على المعنى الذي يقصد له وهو الأصل فيه.

د ـ القياس على شركة المال؛ لأنّ العمل أحد نوعي القراض، فصحّت الشركة به كالمال.

هـ ـ القياس على شركة المال؛ لأنّ كلّ ما جاز أن يستفاد به الربح في حقّ أحدهما، جاز أن يشتركا عليه كالمال.

ويدخل في الجواز الاحتطاب والاصطياد، والدليل[1]:

أ ـ عموم الآية.

ب ـ القياس على الخياطة والقصارة؛ لأنّ الشركة في الاحتطاب والاصطياد شركة بدن في تكسّب مباح، كالخياطة والقصارة.

ج ـ الحاجة في التعاون إلى ذلك كالحاجة إليه في سائر الصناعات.

وهي تلزم بالعمل لا بالعقد.

ويشترط لجوازها شروط هي:

الأول: أن يتحد العمل، كخياطين لا كخياط ونجار. أو يتَلَازَم عملهما بأن يكون أحدهما ينسج والثاني ينير أو يدور، أو أحدهما يصوغ والثاني يسبك له، أو أحدهما يغوص لطلب اللؤلؤ والثاني يمسك عليه ويجذف؛ فالمراد بالتلازم توقف أحد العملين على الآخر. والدليل على هذا الشرط[2]: أنّ عدم اتحاد الصنعة أو عدم تلازمهما قمار وغرر زائد على حدّ اليسير؛ لأنّ مقصود الشركة الرفق بين المتشاركين، وفي اختلاف الصنعة لا رفق لشريك في شركة الآخر، ولا حاجة به إلى معاونته، ولا تعلّق لكسبه في عمله، فلم يبق إلّا قصدهما الغرر والقمار. يبيّن هذا أنّ كلّ واحد منهما يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه بمشاركة الآخر في مثل ذلك؛ فأشبه أن يقول أحدهما للآخر: اتجر في مالك لنفسك، وأتجر أنا في مالي لنفسي، فما ربحت فلك نصفه، وما ربحت فلي نصفه.

الثاني: أن يأخذ كُلٌّ مِنْهُمَا من الربح بِقَدْرِ عَمَلِهِ، بأن يدخلا على ذلك. ولا يضر التبرع بعد العقد. وتفسد إن شرطا التفاوت. ولا يضر شرط التساوي إن تقاربا في العمل كما يأتي قريباً.

(1) الإشراف: 2/ 605، والمعونة: 2/ 1148، والمقدمات: 3/ 38.

(2) الإشراف: 2/ 605، والمعونة: 2/ 1148، وبداية المجتهد: 2/ 286.

الثالث: أن يحصل التعاون بينهما وإنْ كانا بمكَانَيْنِ، بحيث تجول يد كلّ منهما على ما بيد صاحبه، كخياطين في حانوتين يأخذ كلّ منهما ما بيد صاحبه.

الرابع: أن يشْتَركَا في الآلَةِ التي بها العمل؛ كالفأس والقدوم والمطرقة والقبان والمنوال وغير ذلك، إما بِمِلْكٍ أو إجَارَةٍ لهما من غيرهما، أو كان أحدهما يملك الآلة واستأجر صاحبه منه نصفها، فإن كانت الآلة من أحدهما دون الآخر لم يجز. وأما لو أخرج كلّ منهما آلة تساوي آلة الآخر فإن أكرى كل منهما أو اشترى نصف آلة صاحبه بنصف آلة الآخر جاز؛ لأنه يصدق عليه الاشتراك فيها، وإن لم يحصل شيء من ذلك ففي الجواز والمنع قولان: الأول لسحنون، والثاني ظاهر المدونة. لكن قال عياض: إن وقع مضى.

ومثل هذه الشركة في العمل كطبيبين اشتركا في الدواء.

ويغتفر التفاوت اليسير في العمل مع كون الربح بينهما بالسوية؛ ككون عمل أحدهما أقل من النصف قليلاً، وعمل الآخر أكثر منه قليلاً؛ أو كان عمل أحدهما أكثر من الثلث قليلاً، وعمل الآخر أقل من الثلثين قليلاً، وقسما على الثلث والثلثين.

ولَزِمَ كُلا من شركاء العمل ما قَبِلَهُ صاحبه.

ولزمه ضَمَانُه؛ أي: ضمان ما قبله صاحبه بلا إذنه؛ لأنهما صارا كالرجل الواحد، فمتى ضاع شيء من أحدهما ضمناه معاً.

وإنْ افتَرَقَا فما قبلاه أو قبله أحدهما حال الاجتماع فهو في ضمانهما. وهذا إذا قبله في حضور صاحبه أو في غيبته القريبة كاليومين، أو حال مرضه القريب اللذين يلغيان؛ أي: فما عمله الحاضر الصحيح شاركه فيه الغائب أو المريض ولزمه ما قبله الحاضر الصحيح في الغياب أو المرض، وضمنه معه إن تلف، ودليل ذلك أنّه عادة الشركاء[1].

فإن قبله في غيبته أو مرضه الطويلين، فإنه لا يلزم صاحبه ضمانه ولا العمل معه بل يختص بأجرة عمله، كما قال اللخمي. وانظر تفصيل هذه المسألة في الشرح الكبير[2].



(1) الذخيرة: 8/ 37.

(2) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي: 3/ 363.

القضاء فيما يشترك فيه الناس من المرافق

الدليل العام لمسائل هذا الفصل:

الأصل في مسائل هذا الفصل ما رواه يحيى المازني وعبد الله بن عباس وعبادة بن الصامت، أنّ النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»[1].

والضرر بمعنى الضرّ ـ بفتح الضاد ـ، و«ضرار» مصدر ضارّ، بمعنى ضرّه[2].

وأصل الكلمتين يدلّ على معنى ضدّ النفع. أي: على الأذى والضيق والمكروه.

ووجه تنويع الصيغة يحتمل أموراً:

أ ـ أن يكون اللفظان بمعنى واحد يفيد التأكيد، ويدلّان على صدور الفعل من جانب واحد؛ لأنّ صيغة فاعل قد تكون بمعنى فعل. وعلى هذا فصيغة ضرار مستعملة في الدلالة على المبالغة في الضرّ[3].

ب ـ أو أن يكونا بمعنى واحد، لا لتأكيد المعنى، ولكن للدلالة على اختلاف جهة الفعل؛ أي: إنّ الضرر ما كان صادراً من جهة واحدة ضدّ آخر، كأن يحدث في ملكه ما يضرّ بجاره؛ وأنّ الضرار ما كان صادراً من جانبين، كلّ واحد منهما يقصد الضرّ بالثاني؛ لأنّ هذه الصيغة تستعمل كثيراً بمعنى المفاعلة؛ أي: الاشتراك في الفعل، كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام. وهذا الاحتمال رجّحه الإمام الباجي[4].

قال الإمام ابن عاشور في بيان وجه دلالة لفظ الضرّ المنفي: «قد نفت (لا) في الحديث جنس ضرر وضرار نفياً مقصوداً به الإنشاء؛ أي: إبطال جنس الضرر في حكم الشريعة بين المسلمين. فهذا اللفظ مجمل في كثير من أنواع الضرّ الحاصلة بين الناس في المعاملات، تبيّنه الأدلّة الشرعية الكثيرة، القاضية بإبطال أجناس من الضرّ وإمضاء أجناس أخرى منه، ويبيّنه القياس الجلي على كلا الجنسين من الضرّ. أو هو ظاهر في

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقّه ما يضرّ بجاره.

(2) مختار الصحاح: 247، والمعجم الوسيط: 537، والتحرير والتنوير: 2/ 423.

(3) المنتقى: 6/ 40، والقبس: 3/ 928.

(4) المنتقى: 6/ 40، والتحرير والتنوير: 2/ 423.

نفي كلّ ضرّ يحصل للناس، فيكون من بيانه أو تأويله أنّ من جنس الضرّ ما هو مقطوع بإبطاله بين الناس في معاملاتهم، وأنّ من جنس الضرّ ما هو مقطوع بإمضائه وجوازه، وأنّ من بين هذين أنواعاً كثيرة هي مجال للاجتهاد. وتبيين ذلك أنّ معظم معاملات الناس واقتضاء حقوقهم ومنافعهم، لا يخلو من ضرّ يلحق أحد الجانبين المتعاملين أو كليهما، ويلحق غير المقتضي لحقّه ومنفعته، فيسوؤه اقتضاء غيره حقَّه ومنفعته، فالتبايع يشتمل على ضرّ يلحق المتبايعين...»

وبعد أن فسّر كيف يلحق الضرّ كلّ واحد من المتبايعين، وذكر أيضاً ما يؤدّي استعمال صاحب الحق حقه في التصرّف في ملكه وشؤونه إلى لحوق مضرّة بالغير، بيّن أنّ ذلك مما لا تخلو عنه المعاملات بين الناس، وأنّه ممّا لا خلاص لها من التلبّس بنوع من الضرّ، وأنّ الشريعة إنّما أبطلت ما هو غير سائغ في نظرها، وعفت عمّا سواه لملازمته للمعاملات حتّى لا تتعطّل، فقال: «فلو أخذنا بظاهر إجماله ـ أي: الضرّ المنفي ـ ولم نعمل النظر في أدلّة الشريعة المبيّنة له، والمؤوّلة لظاهره، لقضينا بتعطيل معظم أنواع المعاملات والتصرفات، وذلك باطل لأنّ أدلّة الشريعة طافحة بالإذن في معاملات كثيرة تحفّ بها أضرار بأناس عديدين، فتعيّن أنّ الضرّ المنفي في الحديث هو الضرّ الذي لا مسوّغ له عند الشرع...»[1].

وممّا أشار إليه رحمه الله فيما يتعلّق بالإرفاق، أنّ الضرّ الحاصل من تعطيل نفع لأحد الجانبين، مثل الإرفاق فإنّه لا يقضى به على صاحب الحقّ عند الإمام مالك رحمه الله، وقضى به عمر بن الخطاب للضحاك بن خليفة على محمد بن مسلمة، وهو مجال للاجتهاد. وأنّه يوجد فرق بين الضرّ الممنوع وبين تعطيل منفعة غير حاصلة، فإنّ الضرّ هو إلحاق ألم بالمضرور، وأمّا تعطيل منفعة غير حاصلة فهو حرمان من وصول ملائم، فقطع المنفعة ضرّ، وتعطيل منفعة غير حاصلة ليس بضرّ، ولذلك يقال في الفقه: لا يضرّ بأحد لينتفع غيره[2].

وقضاء عمر رضي الله عنه أخرجه مالك عن يحيى المازني، أنّ الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض، فأراد أن يمرّ به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أوّلاً وآخراً، ولا يضرّك؟ فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلّي سبيله. فقال محمد: لا. فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع، تسقي به أوّلاً وآخراً، وهو لا يضرّك؟ فقال محمد: لا. فقال عمر: والله ليمرّنّ به ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمرّ به، ففعل الضحاك[3].

---

(1) كشف المغطى: 306. (2) كشف المغطى: 309.

(3) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في المرفق.

قال الإمام الباجي: قد قال مالك فيمن له ماء وراء أرض، وله أرض دون أرض، فأراد أن يجري ماءه في أرض: أنّه ليس له ذلك. ولم يأخذ بما روي عن عمر في ذلك.

وقد علل الإمام مالك رأيه بأنّ قضاء عمر بذلك صالح لو أنّ الناس استمرّوا على اعتدال الصحابة في حفظ حقوق بعضهم البعض، وعدم نسيانهم ما لأجله قضى عمر بقضائه المذكور، وقد كان الإمام مالك يخشى أن يقضى بمثل هذا القضاء في عهده وبعد عهده، ثمّ ينسى من قضي له بذلك هو أو ذريته سبب القضاء بذلك، وهو مجرّد المرور بالماء من أرض إلى أخرى، فيدّعون ملكاً في الأرض التي مرّوا بالماء فيها. قال أشهب: «كان يقال: يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور. قال مالك: وأخذ بها من يوثق به، فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر لرأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك؛ لأنّك تشرب به أوّلاً وآخراً، ولا يضرّك. ولكن فسد الناس واستحقّوا التهم، فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء، وقد يدّعي جارك عليك به دعوى في أرضك»[1].

قوله: فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر. أي: إنّ حكم عمر بن الخطاب تمثّل في الأزمنة التي يغلب على أهلها الصلاح والدين والتحرّج عمّا لا يحلّ.

قوله: «فسد الناس واستحقّوا التهم». أي: قويت فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستحلّه أهل زمن عمر بن الخطاب ﷺ.

قوله: «وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء»؛ أي: ينسى أنّ سبب القضاء بمرور الماء في أرض الغير هو من باب الرفق بصاحب الماء، وليس بكونه حقاً له.

وقوله: «وقد يدّعي جارك عليك به دعوى في أرضك». أي: قد يدّعي باطلاً أنّ القضاء بمرور ماء جارك بأرضك لأرضه كان بعوض دفعه إليك، فاستحق بذلك ملكية مجرى الماء من أرضك.

وأنكر الإمام الشافعي على الإمام مالك أنّه روى حديث عمر بن الخطاب ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ولم يأخذ به. وردّ الإمام الباجي عليه إنكاره بأنّ محمّد بن مسلمة وهو من الصحابة ممن خالف في ذلك، ولو اعتقد أنّه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره، وإنّما أذعن لرأي عمر لأنّه الحاكم والخليفة وحكم الحاكم يرفع الخلاف. وقد احتمل الإمام الباجي أن يكون فعل عمر ليس قضاء، وإنّما هو تحكماً على محمد بن مسلمة في الرجوع إلى الأفضل وثقة بأنّه لا يحنثه فيبرّ بقسمه، وإن كان ابن مسلمة قد أقسم على خلاف ذلك فيكفّر عن

---

(1) المنتقى: 6/ 46.

يمينه إكراماً له لا سيما وأن عمر دعاه إلى أمر هو أفضل مما ذهب إليه[1]. ولكنّه تأويل بعيد فسياق القصّة يدلّ على ترافع في خصومة، وأنّ محمد بن مسلمة إنّما امتثل لحكم عمر بن الخطاب لكونه الخليفة، على الرغم من مخافته له في قضائه. ويدلّ على ذلك أنّ لعمر رضي الله عنه قضاء مماثل في قضية أخرى، فعن يحيى المازني أنّه قال: كان في حائط جدّه ربيع[2] لعبد الرحمٰن بن عوف، فأراد عبد الرحمٰن أن يحوّله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه، فمنعه صاحب الحائط. فكلم عبد الرحمٰن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك، فقضى لعبد الرحمٰن بن عوف بتحويله[3]. ولم يأخذ به مالك أيضاً، وعنده أنّه لا يرى له تحويله وإن لم يكن على صاحب الحائط في ذلك ضرر، إلّا أن يرضى به. ووجه عدم أخذه به ما تقدّم[4].

ما يقضى فيه عند التنازع:

- يُقْضَى على شَرِيكٍ في شيء لَا يَنْقَسِمُ بين الشركاء، كحمّام، وفرن، وحانوت، وبرج، وطاحون، وجدار، حصل بها خللٍ، وأراد البعض أن يعمّر وأبى الآخر؛ فيقضى على الآبي أنْ يُعَمر مع من أراد التعمير، أو يَبِيعَ لمن يعمر معه. ودليل إجباره بالإعمار مع شريكه[5]:

أ ـ حديث: «لا ضرر ولا ضرار».

ب ـ أنّ الشريك لا ينتفي عنه الضرر ولا يصل إلى حقّه إلّا ببناء الشريك معه، فوجب إجباره عليه.

ج ـ أنّ في ذلك مصلحة لهما فوجب إجبار الشريك عليها.

فإن باعه لغير الشريك فلا شفعة فيه للشريك كما يأتي إن شاء الله تعالى. والمراد أنه يقضى عليه بالبيع إن امتنع من التعمير، فيأمره الحاكم أوّلاً بالتعمير بلا حكم، فإن امتنع قال له: إن لم تعمر حكمنا عليك بالبيع، فإن استمر على الامتناع حكم عليه بالبيع، ولو كانت حصته يزيد ثمنها على التعمير. وقيل: يحكم عليه ببيع قدر ما يحصل به التعمير؛ لأن البيع الجبري إنما أبيح للضرورة فيقتصر على قدرها. وردّ بأن دفع ضرر كثرة الشركاء إنما يكون ببيع الكل. وقيل: إن كان غنيًّاً جبره بالتعمير وحكم عليه به، وإلّا جبره على البيع.

والكلام في غير العيون والآبار، فإن الآبي من التعمير لها لا يقضى عليه بالبيع،

---

(1) المنتقى: 6/ 47.
(2) الربيع: الساقية الظاهرة.
(3) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في المرفق.
(4) المنتقى: 6/ 47.ق
(5) الإشراف: 2/ 598، والذخيرة: 6/ 180.

بل يقال لصاحبه: عمّر ولك جميع الماء ما لم يدفع لك الآبي ما يخصّه من النفقة، فإن لم يدفع فالماء للمعمّر ولو زاد على ما أنفق، كذا في شرح المواق. وسواء كان على العيون والآبار زرع أو شجر أم لا. وقيل: بل له من الماء بقدر ما أنفق.

وكذا لصاحب بناء سفلي عليه بناء لغيره فإنه يقضى عليه، إنْ وَهيَ بناؤه، أن يعمّر أو يبيع لمن يعمّر لدفع ضرر الأعلى، ولو كان الأسفل وقفاً حيث لا ريع له يعمّر منه، ولم يمكن استئجاره بشيء يعمّر به، ولكن لا يباع من الوقف إلا بقدر التعمير.

وَعلى صاحب البناء السفلي تعليق الأعلى بالجوائز والمسمار حتى يفرغ من إصلاحه؛ فيلزمه أجرة الخشب الذي يعلق عليه الأعلى وأجرة من يتولّى التعليق؛ لأن التعليق بمنزلة البناء؛ والبناء على ذي الأسفل. هذا هو المذهب، وقيل: التعليق على رب العلو.

ولو سقط الأعلى فهدم الأسفل أجبر ربّ الأسفل على البناء أو البيع لمن يبني، ليبني رب العلو علوه. ولا ضمان على صاحب الأعلى إلّا بشرط الإنذار عند حاكم ومضيّ مدّة يتمكن فيها من الإصلاح. وكذلك العكس، كما إذا وهي الأسفل وخيف بانهدامه انهدام الأعلى، فإنّ صاحب الأسفل لا يضمن هدم الأعلى إلا بتلك الشروط.

وعليه أيضاً السَّقْفُ الساتر لسفله، ولذا كان يقضى له به عند التنازع، كما سيأتي.

وأمّا السلّم الذي يرقى عليه ربّ العلوّ، فليس على ذي الأسفل بل على ذي الأعلى، كالبلاط الذي فوق سقف الأسفل.

- إذا تنازعا السقف حكم به لصاحب السفل؛ لأنّ السقف محمول على ملكه، والدليل[1]:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَآ أَن يَكُونَ ٱلنَّاسُ أُمَّةً وَٰحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِٱلرَّحْمَٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِّن فِضَّةٍ وَمَعَارِجَ عَلَيْهَا يَظْهَرُونَ ﴿٣٣﴾ وَلِبُيُوتِهِمْ أَبْوَٰبًا وَسُرُرًا عَلَيْهَا يَتَّكِـُٔونَ ﴿٣٤﴾﴾ [الزخرف: 33 - 34]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى جعل للبيوت سقوفاً كما جعل لها أبواباً، فدلّ على أنّ السقوف والأبواب من البيوت.

ب - أنّ العرف جار بأنّ اسم البيت إنّما يتناول الحيطان والسقف، فيجب أن يحكم بالملك عند التنازع بجميع ما يتناوله الاسم ويشهد به العرف؛ ولأنّه لو باع أحد بيتاً لدخل سقفه في البيع بالإطلاق دون ذكره، فلولا أنّ منه لم يدخل فيه، وكذلك إذا قسم البيت فإنّه يقسم سقفه.

والأصل في أنّ صاحب السفل لا يجوز له أن يحدث في بيته عمداً ما يضرّ

---

(1) الإشراف: 2/ 598، والمعونة: 1199، وأحكام القرآن: 4/ 1682، والجامع لأحكام القرآن: 16/ 63.

بصاحب العلوّ، وأنّ عليه إن انهدم أو اعتلّ سقفه أو بيته أن يصلحه، ما روي عن النعمان بن بشير عن النبي ﷺ قال: «مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مرّوا على من فوقهم، فقالوا: لو أنّا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا»[1].

وعلى صاحب السفل أيضاً كَنْسُ المِرْحَاضِ الذي يلقى فيه ربّ العلو سقطاته، وهو قول ابن القاسم وأشهب وهو المشهور. وقال ابن وهب وأصبغ: الكنس على الجميع بقدر الرؤوس، واستظهر.

ومحلّ الخلاف إذا لم يجر العرف بشيء، أمّا إذا جرى بشيء عمل به اتفاقاً، كأن يكون عليهما معاً أو على الرؤوس فيعمل به[2].

واختلف في كنس كنف الدار المكتراة، فقيل: على ربها، وقيل: على المكتري. وكلّ هذا ما لم يجر العرف بشيء، وإلّا عمل به. وعرف مصر أنه على رب الدار.

وأما طين المطر الذي ينزل في الأسواق ويضرّ بالمارين، فلا يجب على أرباب الحوانيت كنسه؛ لأنه ليس من فعلهم، ما لم يقم أرباب الحوانيت أو أهل البيوت بجمعه في وسط السوق وأضرّ بالمارّة، فإنه يجب عليهم كنسه. وهل كنسه على ملّاك الحوانيت والبيوت أو على المكترين؟ قال البرزلي: وعندي أنه يخرج على كنس مرحاض الدار المكتراة.

ولو ماتت دابة بسوق أو بيت غير ربّها، فهل إخراجها على ربّ الدار لزوال ملك ربّها عنها أو على ربها؛ لأنّ له أخذ جلدها ليدبغه ولحمها لكلابه؟ واستظهر الثاني.

- يقضى بالدَّابَّةِ عند التنازع للرَّاكِبِ، لا لمُتَعَلِقٍ بلِجَام ولا لسائق، إلَّا لقَرِينَةٍ أو عُرْفٍ فيعمل بذلك، كما يقع في مصر كثيراً من دواب المكاريّ ونحوها.

- إنْ عمر أحد الشركاء في بيت فيه رحى للطحن فيها بالكراء، وقد تعطلت الرحى وأبى شريكاه من تعميرها معه قبل حكم حاكم عليهما بالبيع أو التعمير، فالغَلَّة الحاصلة من تلك الرحى بعد تعميرها للثلاثة بَعْدَ أنْ يَسْتَوْفِيَ المعمّر مِنْ غلّتها ما أَنْفَقَ على عمارتها. وإذا لم يأبيا بل أذنا له في العمارة أو عمّر وهما ساكتان، فيكون الرجوع عليهما في الذمّةِ لا في الغلة الحاصلة منها.

- يقضى بهَدْمِ بِنَاء بني في طَرِيق يمرّ فيها الناس، وَلَوْ لَمْ يَضُرَّ بالمارين، سواء

(1) أخرجه البخاري في الشركة، باب هل يقرع في القسمة.

(2) انظر حاشية الدسوقي: 3/ 366.

كانت الطريق نافذة أو لا، إذ لا حق للباني في ذلك مع كون البناء المذكور شأنه الضرر. قال الشيخ الدردير: وقد كثر ذلك في مصر، فكل من بنى أو جدد له بيتاً يزحف ببنائه أو بحانوته بسكة المسلمين حتى صارت الطرق ضيقة تضر بالناس كما هو مشاهد.

وهذا ما لم تكن أصلها ملكاً له بأن كانت داراً له انهدمت وصارت طريقاً، فله البناء ولا يهدم. وقيّده بعضهم بما إذا لم يطل الزمان حتى يظنّ إعراضه عنها فليس له فيها كلام.

- يقضى بالإذن في دخول الجار في بيت جاره لإصلاح جدار من جهته ونحوه، كخرز خشبة أو أخذ ثوب سقط أو دابة دخلت.

- يقضى على الجار بإعادة جداره الساتر لغيره، إن هدمه ضرراً. أما إن هدم بنفسه فلا يقضى على صاحبه بإعادته، ويقال للجار: استر على نفسك إن شئت؛ لأنّ الجار لا يجب عليه ستر جاره بملكه، ولا تجديده[1].

- يقضى بِجُلُوسِ بَاعةٍ بأفْنِيَةِ دُورٍ؛ أي: ما كان أمام الدور وفضل عن المارة من طريق واسعة، وذلك بشروط أربعة: إن خَفَّ الجلوس، وأن لا يضرّ بالمارة لاتساع الطريق، وأن تكون الطريق نافذة، وأن يكون جلوسهم للبيع. وأمّا الجلوس للتحدث ونحوه فإنهم يقامون.

وأفنية المساجد كأفنية الدور.

ويجوز لصاحب الدار والحانوت أن يأخذ أجرة من الباعة الذين يجلسون كثيراً في فناء داره أو حانوته.

- يقضى للسَّابِقِ من الباعة للأفنية والسوق، إن نازعه فيه غيره، ولو اشتهر به ذلك الغير.

كمَا يقضى للسابق لمكان في المسْجِد، إلَّا أنْ يَعْتَاده في الجلوس غَيْرُ السابق في ذلك المكان، لصلاة أو قراءة قرآن أو تعليم علم أو إقراء أو فتوى فإنه يقضى به لذلك المعتاد، ويقام السابق الذي سبق إليه منه. ودليل أحقية المعتاد: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به»[2].

ومثل المسجد في هذا الحكم المكان المباح المعدّ للطاعة، فيشمل عرفة ومنى ومزدلفة.

والفرق بين المسجد يقضى به للسابق ما لم يعتده غيره، وبين السوق يقضى به

---

(1) الذخيرة: 6/ 180.

(2) أخرجه مسلم في السلام، باب إذا قام من مجلسه ثم عاد.

للسابق ولو اشتهر به غيره، مع أنّ كلاً منهما مباح ولكلّ مسلم فيه حق؛ أنّ المسجد مباح مرغب فيه يمتدح التعلق به، فيه يتنافس المتنافسون، فلذلك قيّد القضاء فيه للسابق بعدم اعتياده للغير؛ والسوق وإن كان مباحاً للجلوس فيه، فإنما هو عند الضرورات، فلا يتنافس فيه العقلاء؛ ولذلك ورد قوله ﷺ: «خير البقاع المساجد، وشرّها الأسواق»[1].

- يقضى على الجار بسَدّ كَوَّةٍ - بفتح الكاف وضمها - أي: طاقة حَادثَة، إذا كانت تشرف على دار الجار، بحيث يتبيّن للرائي منها الوجوه؛ لأنّ في ذلك إضراراً بالجار، ولأنّه ليس له أن يفعل في جداره - إن كان ملكاً له - ما يضرّ بالغير ابتداء ممّا لا ضرورة له فيه[2].

فإن لم يظهر للرائي منها الوجوه فلا يقضى بسدّها إذ لا ضرر فيها. وإذا كان له بها حاجة، فليس لجاره أن يمنعه ممّا يحتاج إليه ولا يضرّ به؛ ولأنّه تصرّف في ملكه[3]. وحدّد عمر ﷺ طريقة معرفة ظهور الوجه، بأن يوقف على سرير فإن نظر إلى ما في دار جاره منع[4].

وأما القديمة فلا يقضى بسدّها. ويقال للجار: استر على نفسك إن شئت. ووجه عدم القضاء بذلك أنّ قدمها يدلّ على رضا الطرفين بها[5]. وكذا إن كانت عالية لا يمكن التطلع على الجار منها إلا بصعود على سلّم.

والمنقول عن ابن القاسم وبه القضاء، أن من حدث عليه ضرر من فتح كوة أو غيرها، وسكت عشر سنين بلا عذر، فلا مقال له بعد ذلك.

وإذا قضي بسدّها فلا يَكْفِي سَدّ خَلفِهَا مع بقائها على ما هي عليه؛ لأنه ذريعة في المستقبل لادّعاء قدمها وإرادة فتحها، بل لا بد من سدها من أصلها وإزالة ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوهما.

- ويقضى بِمَنْعِ إحداث ما يخرج منه دُخَان، كالحمَّام، والفرن، والمطبخ؛ أو رَائِحَةٍ كَرِيهَةٍ كَمدبغة، ومذبح، ومسمط، وكذا إِصْطَبْلٍ، لما فيه من ضرر رائحة الزبل. والمراد بالممنوع الحادث من ذلك لا القديم. ووجه القضاء بالمنع من ذلك أنّه من الضرر الكثير المستدام، وما كان بهذه الصفة منع إحداثه على من يستضرّ به[6].

ويقضى بردم بئر النجاسة إذا أضرّت ببئر الجار؛ لأنّ بلوغ النجاسة كبلوغ الدخان وغيره[7].

---

(1) أخرجه الطبراني.
(2) المعونة: 2/ 1199.
(3) المعونة: 2/ 1199، والذخيرة: 6/ 175.
(4) المعونة: 2/ 1199، والذخيرة: 6/ 175.
(5) الذخيرة: 6/ 175.
(6) المنتقى: 6/ 41.
(7) الذخيرة: 6/ 152.

ويقضى أيضاً بمنع ما يضرّ بالجِدَار كدَقّ، وطاحون، وبئر، وكنيف، وغرس شجر. ووجه القضاء بالمنع من ذلك أنّه يضر بالجدران أن يهدمها، وهو من الضرر البيّن الذي فيه فساد مال الغير[1].

ويمنع الشخص من تنفيض الحصر ونحوها على باب داره إذا أضرّ الغبار بالمارّة. ولا حجة له أنه إنما يفعله على باب داره.

ـ يقضى بمنع إحداث حَانُوتٍ قُبَالَةَ بَابٍ ولو بِسِكَّةٍ نافذة على الأصوب؛ لأنّ الحانوت أشد ضرراً من فتح الباب لملازمة الجلوس به. ومحل المنع إنْ كان حادثاً، لا إن كان قديماً.

ـ يقضى بقَطْع ما أضَرَّ مِنْ أغصان شَجَرَة بجِدارٍ لجاره مُطْلَقَاً؛ أي: كانت حادثة أو قديمة. فالكلام في أغصانها المنتشرة على جدار الجار أنها تقطع ولو كانت قديمة وهو المعتمد، أو لا يقضى بقطعه إلا إذا حدثت وهو قول ابن الماجشون. وأما الشجرة نفسها قال ابن رشد: فلا سبيل لقلعها إذا كانت قديمة.

ـ إذا تنازع جاران جداراً، كلّ منهما يدّعي أنّه ملكه، ولأحدهما فيه تأثير يشهد العرف بأنّه يفعله المالك في ملكه؛ فإنّه يحكم له به، وذلك كمعاقد القمط[2] والربط، ووجوه الآجر وغيره، والدليل[3]:

أ ـ عن نمران بن جارية، أنّ قوماً اختصموا إلى النبي ﷺ في خصّ[4] كان بينهم، فبعث حذيفة يقضي بينهم، فقضى للذين يليهم القمط، فلمّا رجع إلى النبي ﷺ أخبره، فقال: «أصبت وأحسنت»[5].

ب ـ العرف الدالّ على ذلك؛ لأنّ العرف والعادة أصلان يرجع إليهما في التنازع، إذا لم يوجد أصل يرجع إليه سواهما، والعرف ههنا جار بأنّ هذه الأشياء يفعلها المالك في ملكه، فيحكم لمن يشهد له العرف.

وكذلك إذا تنازعا جداراً بينهما، لأحدهما عليه خشب، والآخر لا شيء له عليه يجري مجراه، فإنّه يحكم به لصاحب الخشب، قليلاً كان أو كثيراً؛ لأنّ العرف جار بأنّ الإنسان إذا كان له على حائط خشب وجذوع، فإنّه يضعه على سطحه؛ لأنّ غالب تصرّف النّاس أن يكون في أملاكهم، ولأنّ وضع الجذوع على الحائط يد وتصرّف، فوجب أن يقدّم به دعوى مدّعي الحائط، كما لو تنازعا داراً في يد أحدهما، فيحكم بها

---

(1) المنتقى: 6/ 41.
(2) القمط ـ بكسر القاف وسكون الميم ـ الحبل المعجم الوسيط: 2/ 759.
(3) الإشراف: 2/ 597، والمعونة: 2/ 1200.
(4) الخصّ: بيت من شجر أو قصب (المعجم الوسيط: 1/ 238).
(5) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب الرجلان يدّعيان في خصّ.

لصاحب اليد عند عدم الأدلّة[1].

ما لا يقضى به عند التنازع:

- لا يقضى بمنع بناء إذا كان مَانِعاً للضَوْء والشمْس والرِيح؛ لأنّه تصرّف يتوقّع فيه غرض صحيح لصاحبه في ملكه وفي منعه إضرار به، ولا يدفع ضرر متصرّف في ملكه بضرر غير مالك، بخلاف فتح الكوة، ولأنّ ما فعله في ملكه لم يوجب منع جاره من المنفعة المقصودة من داره، فلا يمنع من فعل ذلك في أرضه؛ ولأنّه لو جاز منعه من البناء لبطل البنيان؛ لأنّ ما من أحد يبني حائطاً في آخر ملكه إلّا ولا بدّ أن يمنع الشمس والريح من ملك جاره. فإن تبيّن أنّه لا نفع له فيه وأنّه يضر بجاره، فإنّه يمنع لتعيّن الفساد[2].

ويستثنى الأندر وطاحون الريح، إذا بنى جوارها ما يمنع مهبّ الريح عنهما للتذرية وغيرها، فيقضى بمنعه. ودليل ذلك أنّ المقصود من الأندر هذه المنفعة دون سواها، فليس لأحد أن يقصد إلى المنع منها، قياساً على سكنى الدار[3].

وهذا هو المشهور، ومقابله ما رواه ابن دينار عن ابن نافع أنه يمنع من مانع الضوء والشمس والريح مطلقاً.

- لا يقضى بمنع عُلوّ بِنَاءٍ على بناء جاره. إلا أن يكون ذمياً بجار مسلم فيمنع، واختلف هل يمنع من مساواته للمسلم أو لا. لكن للذمّي شراء مكان عال، وليس له بناء محلّ عال يشرف منه على المسلمين.

ويمنع الجار إذا علا ببنائه مِنَ الضَّرَرِ، كالتطلع على جاره بالإشراف من العلو الذي بناه.

- لا يقضى بمنع الشخص من إحداث ما ينقص غلة غيره اتفاقاً؛ كإحداث فرن قرب فرن، أو حمام قرب حمام، أو طاحون قرب طاحون.

- لا يقضى بمنع الصَوْت كَدقّ القماش لتحسينه، والحداد، والنجار، والصائغ، لخفّة ذلك، ولذا قال بعضهم: هذا ما لم يشتد ويدم، وإلا منع. ووجه المنع أنّ شدّته ودوامه ضرر يصل إلى منازل الناس فتعلق المنع به قياساً على وصول ضرر الرائحة[4].

قال الشيخ ابن عبد السلام الهواري فيما تتعارض فيه منافع الناس، وفي المنع منه وعدم المنع إضرار بأحدهما: «والأصل في المنع الحديث: «لا ضرر ولا ضرار»، ولا شك في اشتمال النهي عن الإضرار لغير فائدة تحصل لمحدث الضرر، فإن كان المنع من الإضرار بالجار يثبت منفعة للجار الذي أحدث ما يضرّ بجاره، نظر إلى أخفّ

(1) الإشراف: 2/ 597.
(2) المنتقى: 6/ 41، الذخيرة: 6/ 175.
(3) المنتقى: 6/ 41.
(4) المنتقى: 6/ 41.

الضررين فارتكب؛ فإن تساويا أو تقاربا رجع إلى مقتضى الأصل، وهو جواز تصرّف المالك في ملكه على أيّ وجه شاء. وهذا الذي قلناه هو الذي عليه الكثير من مسائل المذهب في المشهور. وما يوجد من بعضها مخالفاً لهذا، فليس بمخالف في المعنى، وإنّما هو لاعتقاد قائله إنّ ما جاوز إحداثه من ذلك فهو أخفّ الضررين، وما منع فهو أشدّ الضررين، ولو انعكس اعتقاده لانعكس الحكم عنده، والله أعلم»[1].

ـ لا يقضى بالمنع من إحداث بَابٍ بِسِكَّةٍ نَافذة، ولو لم تكن السكة واسعة على المعتمد، وسواء نكَّبَ عن باب جاره أو لم ينكب؛ لأن شأن النافذة عدم فتح أبواب بيوتها فلا ضرر في إحداث باب قبالة باب جاره.

وكذا الحكم في غير النافذة، إنْ نُكِّبَ عن باب جاره، إذا لم يكن مقابلاً له، بحيث لو فتح لم يشرف منه على ما في دار جاره، وإلا منع.

ـ لا يقضى بالمنع من إحداث رَوْشَنٍ، وهو الجناح الذي يخرج به جهة السكة في علو الحائط لتوسعة العلو. فعلى هذا يجوز إخراج الروشن إذا لم يستضرّ الغير به، ودليل الجواز: أنّه استرفاق لا يضرّ غيره به في هواء غير مملوك، قياساً على الجلوس في الطريق والقعود في ساحته للبيع[2].

ـ لا يقضى بالمنع من إحداث سَابَاطٍ، وهو سقف في السكة لِمَنْ له الجَانِبَان؛ أي: له بيت قبالة بيته والسكة بينهما، ولَوْ بغَيرِ السكة النَّافِذَةِ على المعتمد؛ فلا يتوقف الإحداث على إذن بقية أهل الزقاق. ومشى الشيخ خليل على التفصيل بين النافذة وغيرها تبعاً لجماعة من أهل المذهب ورُجح أيضاً.

ومحل جواز الروشن والساباط ما لم يضرّ بالمارة في النافذة وغيرها، بأن يرفعَا رَفْعاً بيّناً عن رؤوس الناس والإبل المحمّلة، وأن لا يمنع عنهم الضوء؛ وإلا منعا.

ـ يكون عرض كلّ طرق بحسب الحاجة إليه. وما روي عن أبي هريرة، أنّ النبي ﷺ قال: «إذا اختلفتم في الطريق، جعل عرضه سبع أذرع»[3]، قال الإمام المازري فيه: «لم يأخذ مالك وأصحابه بهذا الحديث، ورأوا أنّ الطرق تختلف الحاجة إلى سعتها بقدر اختلاف أحوالها، وأنّ ذلك معلوم بالعادة، وليس طريق الممرّ كطريق سلوك الأحمال والدواب، ولا المواضع العامرة التي يتزاحم عليها الورّاد كغيرها»[4]. والمراد بقوله: إنّ مالكاً وأصحابه لم يأخذوا بالحديث؛ أي: بظاهره وإطلاقه. ولذا

(1) شرح ابن عبد السلام على مختصر ابن الحاجب الفقهي: مخ 3343، م 4 ورقة 205.

(2) الإشراف: 2/ 596.

(3) أخرجه البخاري في المظالم والغصب، باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء؛ ومسلم في المساقاة، باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه.

(4) المعلم: 2/ 330.

فقد تأوّل الحديث هو القاضي عياض[1] بما يلي:

أ ـ أنّه ورد فيما كانت الكفاية فيه بهذا القدر، وتنبيهاً على الوسط والغالب.

ب ـ أنّ الحديث محمول على أمّهات الطرق التي هي ممرّ عامّة الخلق بأحمالهم ومواشيهم، فإن تشاحّ من له أرض تتصل بها مع من له فيها حقّ، جعل بينهما سبعة أذرع بالذراع المتعارف في ذلك، وخلّي ما بينها وبين ما زاد على ذلك. وأمّا بنيّات الطرق ـ أي: فروعها ـ فبحسب ما تدلّ عليه العادة وتدعو إليه الحاجة، وذلك يختلف بحسب اختلاف أحوال المتنازعين، فليست طريق من عادته استعمال الدواب والمواشي من أهل البادية كعادة من ليس كذلك من أهل الحاضرة، وعلى هذا يحتاج أهل البوادي من توسيع الطريق إلى ما لا يحتاج إليه أهل الحاضرة. وتحتاج طرق الفيافي والقفار من التوسيع أكثر من سبعة أذرع؛ لأنّها مجرى الجيوش والرفاق[2] الكبار. ولو جعلت الطريق في كلّ محلّ سبعة أذرع لأضرّ بأملاك كثير من الناس، ويلزم عليه أن تكون بنيّات الطريق في الأزقة وغيرها كالأمهات المسلوكة للناس وكطرق الفيافي، وذلك محال عادي وفساد ضروري[3].

وأنّ الطريق إذا جعلها الرجل من أرضه للناس تبرّعاً، فقدرها مصروف إلى اختياره، وليس من مراد الحديث. وإذا وجدت طريق مسلوكة أكثر من سبعة أذرع لم يجز أخذ شيء منها وإن قلّ[4].

ـ لا يقضى بمنع صاحب نخلٍ من صُعُودِ نَخْله لأخذ ثمرها أو تقليمها. ويجب على الراقي عليها أن ينذر الجار بطُلُوعِهِ عليها ليستتر، وقيل: يندب. ووجه عدم المنع أنّ هذا الصعود مما لا يستدام، وإنّما يفعل في الندرة على وجه الاجتناء وتحصيل المنافع، لا على وجه الاطلاع والنظر، كما لو اطلع على سقفه ليصلحه[5].

وهذا بِخِلافِ المَنَارَةِ التي يشرف من صعد عليها للأذان على الجار؛ فإنه يمنع ولو كانت المنارة قَدِيمَةً؛ لأن الأذان يتكرّر، بخلاف النخلة فإن الصعود عليها نادر. ومحلّ منع الصعود عليها ما لم يجعل لها ساتر من كلّ جهة يمنع من الإطلاع على الجيران بحيث لا تتبين الأشخاص ولا الهيئات ولا الذكر ولا الأنثى، وما لم يكن الصاعد أعمى.

ـ يندب للجار تَمْكِينُ جاره مِنْ غَرْزِ خَشَبٍ في جِدَارٍ، ولا يقضى له بذلك؛

---

(1) إكمال الإكمال: 5/ 557.

(2) الرفاق: بضمّ الراء وسكون الفاء، جمع رفقة، وهي الجماعة المترافقون (المعجم الوسيط: 1/ 362).

(3) المفهم: 5/ 2918، وإكمال الإكمال: 5/ 557.

(4) إكمال الإكمال: 5/ 557.

(5) المنتقى: 6/ 43.

ودليل الندب إلى ذلك[1]: عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره»، قال أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمينّ بها بين أظهركم[2]. فقد حمله الإمام مالك على الندب؛ لأنّه رآه من المعروف ومكارم الأخلاق، والترغيب في الرفق بالجار والوصية به والإحسان إليه، وحسن المجاورة.

ودليل حمل الحديث على الندب، وأنّه لا يقضى بذلك عليه، مع أنّ الأصل في الأمر أنّه يحمل على الوجوب: أنّه قد صرفه عن الوجوب أدلّة هي[3]:

أ ـ قول النبي ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»[4].

ب ـ قول أبي هريرة: «ما لي أراكم عنها معرضين»، حجةٌ للندب؛ لأنّ التابعين الذين كان أبو هريرة ﷺ يوجّه إليهم هذا الكلام، كانوا لا يعرضون عن واجب، ولكن لمّا فهموا من غيره من الصحابة أنّ الحديث يحمل على الندب تساهلوا. وإن فهم من كلامه أنّ مذهبه ﷺ الوجوب.

ج ـ أنّ الأصل المعلوم في الشريعة أنّ المالك لا يجبر على إخراج ملكه عن يده بعوض، فكان أحرى وأولى أن لا يخرج عن يده بغير عوض.

د ـ القياس على ما لو أراد الزرع في أرض الغير، أو أراد أن يفتح فيه باباً.

هـ ـ الإجماع على أنّ من اختصّ بحق لا يلزمه أن يعطيه لغيره، وإن لم يضرّه؛ فكيف ووضع خشبة على الجدار مضرّ بصاحب الجدار، إمّا عاجلاً بأن يثقل الحائط فيقصر عمره، أو بأن يعيبه، أو بأن لا يكون من هذين شيء لكن يوجب لصاحب الخشبة اشتراكاً في الجدار مع صاحبه، وحيازة له تثبت له بطول الزمان.

و ـ أنّ العارية لا يقضى بها.

وإذا أذن الجار لجاره في ذلك إذناً مطلقاً، لم يكن له أن يطالبه بقلعها، إذا لم تكن له ضرورة؛ لأنّ الإذن المطلق يقتضي التأبيد، ولأنّ قصده الإضرار بجاره لا يجوز، ولأنّ لمّا أباح لجاره فقد كلفه مؤنة ونفقة فليس له أن يبطل عليه ذلك بمجرد الإضرار. فإذا دعت الضرورة إلى ذلك، كبناء جدار وشيء لا بدّ منه جاز له؛ لأنّه لم

---

(1) المعونة: 2/ 1198، والمعلم: 2/ 329، والمفهم: 5/ 2910، وإكمال الإكمال: 5/ 548، والذخيرة: 6/ 184، وبلغة السالك: 2/ 177.

(2) أخرجه مالك في القضاء، باب القضاء في المرافق؛ والبخاري في المظالم، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة؛ ومسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار.

(3) الإشراف: 2/ 598، والمعونة: 2/ 1198، والمنتقى: 6/ 43، والقبس: 3/ 929، والمفهم: 5/ 2910، وبداية المجتهد: 2/ 347، وإكمال الإكمال: 5/ 550، وبلغة السالك 2/ 177.

(4) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الغصب، باب من لو غصب لوحاً، عن أنس.

يكلّف بالإحسان لجاره بما فيه ضرر عليه. وإذا أذن له في مدّة معيّنة جاز له ذلك عند انقضائها[1].

قال الإمام ابن عرفة: ليس المراد بالغرز المندوب إليه ليبني الجار فوق ذلك؛ لأنّ ذلك معلوم كونه مضرّاً بجدار الجار. وإنّما المعنى أن يغرز للتسقيف فقط[2].

واختلف هل لجار المسجد غرز خشبة في حائطه، وبه أفتى ابن عتاب نقلاً له عن شيوخ المذهب؛ أو ليس له ذلك، وبه قال ابن ناجي.

ـ يندب للإنسان الإرْفَاق لغيره من جار أو قريب أو أجنبي بماءٍ لشرب أو غيره، وَبِمَاعُونٍ كإناء وفأس وسكين. ويتأكد في القريب والجار قال تعالى: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا وَبِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنۢبِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: 36].

ـ يندب إعانَة المسلم في مُهِمّ الأمور، كموت وعرس وسفر.

ـ يندب لمن له في داره بابان، أن يأذن لجاره بالمُرور منهما ليسهل عليه قضاء شؤونه، إذا كان لا ضرر على رب الدار من ذلك، وإلا فلا يؤمر به.



(1) المعونة: 2/ 1198، والمنتقى: 6/ 44، والمفهم: 5/ 2911.

(2) إكمال الإكمال: 5/ 549.

المزارعة

لما كانت المزارعة قسماً من الشركة، ناسب أن تذكر عقبها. وإنما أفردت بترجمة لما فيها من أحكام وشروط زائدة.

تعريف المزارعة:

المزارعة مأخوذة من الزرع، وهو ما تنبته الأرض، لقوله تعالى: ﴿أَفَرَءَيْتُم مَّا تَحْرُثُونَ ﴿٦٣﴾ ءَأَنتُمْ تَزْرَعُونَهُۥٓ أَمْ نَحْنُ ٱلزَّٰرِعُونَ ﴿٦٤﴾﴾ [الواقعة: 63، 64].

وهي الشَّرِكَةُ في الزَّرْعِ، ويقال: الشركة في الحرث. وهو تعريف ابن عرفة[1]، وبه عبّر اللخمي. وهي غير المزارعة المنهي عنها التي هي كراء الأرض بما يخرج منها. وسيأتي بيانها في الإجارة.

وصيغة المفاعلة شأنها أن تكون من اثنين، مثل المضاربة، تفيد المشاركة في الفعل، ويتصوّر هذا في بعض الصور، وهو إذا كان العمل من كلّ واحد، والبذر عليهما.

فإن لم يكن العمل منهما، فتحمل الصيغة إمّا على المفاعلة التي تكون في اللغة من واحد، نحو سافر؛ أو بملاحظة العقد فإنّه واقع منهما، فيكون من التعبير بالمتعلّق عن المتعلّق[2].

لزومها:

عقد المزارعة غير لازم قبل البذر ونحوه. فلا يلزم إلّا بالبَذْرِ ونَحْوِهِ. وهو الراجح.

والبذر: إلقاء الحبّ على الأرض لينبت. ومثل البذر وضع الزريعة بالأرض مما لا بذر لحبه، كالبصل والقصب. وهذا هو المراد بـ«نحوه»، وليس المراد قلب الأرض وحرثها؛ فإنهم صرّحوا أن الراجح أنها لا تلزم بالعمل قبل البذر، ولو كان له بال. والشيخ خليل رَحِمَهُ ٱللَّهُ أطلق البذر على ما يعمّ وضع الشتل ونحوه بالأرض، لا خصوص الحب.

---

(1) شرح حدود ابن عرفة: 2/ 513.

(2) الذخيرة: 6/ 93، و6/ 125.

وقيل: إنها تلزم بالعقد كشركة المال، وهو قول ابن الماجشون وسحنون. وإنما وقع هذا الاختلاف في المزارعة؛ لأنها شركة عمل وإجارة؛ فمن غلّب العمل قال: هي غير لازمة بالعقد، وشرط فيها التكافؤ والاعتدال إلّا أن يتطوّع أحدهما بزيادة بعد العقد؛ ومن غلّب الإجارة قال: هي لازمة بالعقد، وأجاز فيها التفاضل وعدم التكافؤ.

وقيل: إنها تلزم بالعقد إذا انضمّ له عمل، لذلك قيل: إن قلب الأرض يوجب اللزوم.

وعلى القول الراجح، فلِكُلٍّ من الشريكين أو الشركاء فَسْخُ عقد المزارعة قبْلَ البذر. فلو بذر البعض فالنقل عن ابن القاسم في المدونة أنه إن بذر البعض لزم العقد فيما بذر ولكلّ واحد الفسخ فيما بقي. وظاهره: قلّ ما بذر أو كثر.

حكم المزارعة:

حكمها الجواز، ودليلها هو دليل الشركة؛ لأنّها كذلك في الحقيقة.

أركان المزارعة:

أركانها ثلاثة، وهي[1]:

الأوّل والثاني: المتعاقدان. ويشترط فيهما أهليه الشركة؛ لأنّ المزارعة شركة.

الثالث: المنفعة.

حكم المزارعة:

تجوز المزارعة ـ باتفاق أهل المذهب ـ إن تساوى الشريكان في الأرض والعمل والآلة والزريعة. وذلك ليضمنا معاً ما هلك[2].

وإن اختص أحدهما بالبذر والآخر بالأرض فسدت اتفاقاً، لاشتمالها على كراء الأرض بما يخرج منها، وهو لا يجوز كما سيأتي في الإجارة. إلا على قول الداودي والأصيلي ويحيى بن يحيى بجواز كراء الأرض بما يخرج منها، وهو خلاف مذهب مالك وأصحابه.

وما عدا هذين الوجهين مختلف فيه وسيأتي بيان الراجح. هذا هو النقل؛ فقول من قال: إنه قيل بالمنع أي: ولو وجدت الشروط الآتية فيه نظر، إلا أن يحمل كلامه على ما عدا صورة التساوي المتقدمة.

شروط صحة المزارعة:

1 ـ أن يسلم الشريكان مِنْ كِرَاءِ الأرْضِ بأجر ممنوع كراؤها به؛ وهو الطعام ولو

---

(1) الذخيرة: 6/ 125.

(2) إكمال الإكمال: 5/ 397.

لم تنبته الأرض كالعسل، وأيضاً ما تنبته ولو غير طعام كقطن وكتان وحلفاء وحشيش، إلا الخشب والبوص الفارسي والعود القاقلي والصندل والشب والكبريت وباقي المعادن، فيجوز كراؤها بها، كما يأتي في الإجارة بيان ذلك وذكر الدليل عليه. .

ويتحقق هذا الشرط بأنْ لا يُقَابِلَ الأرض بَذر، كُلّاً أو بعضاً من غير ربّها، فلو قابلها بذر كأن يكون البذر من أحدهما والأرض للآخر فسدت كما سيأتي. ووجه الفساد أنّ الذي عليه البذر يكون قد باع حصّته من شريكه بما تخرجه الأرض؛ وفي ذلك ما يلي[1]:

أ ـ بيع طعام بطعام متأخر، إن زرعا طعاماً. وتقدّم في الربا الدليل على منع ذلك.

ب ـ المخابرة، وهي كراء الأرض بجزء ممّا يخرج منها، كالثلث والربع، سواء كان ما تخرجه طعاماً أو غير طعام. وسيأتي الدليل على عدم جوازها في الإجارة.

2 ـ أن يدخلا عَلَى أنّ الربْحَ بينهما بِنِسْبَةِ المُخْرَجِ ـ بفتح الراء ـ أي: ما يخرجه كلّ منهما؛ كأن يكون كراء الأرض مائة وكراء العمل من بقر أو غيره سوى البذر مائة، ودخلا على أن الربح مناصفة. أو يخرج أحدهما ما يساوي خمسين ويخرج الآخر ما يساوي مائة، ودخلا على أن لصاحب المائة من الربح الثلثين ولصاحب الخمسين الثلث، وهكذا. فإن دخلا في الأول على الثلث والثلثين وفي الثاني على المناصفة فسدت. ودليل الفساد: أنّ فيه أكل المال بالباطل[2].

ويجوز التَّبَرُّعُ من أحدهما للآخر بالزيادة من عمل أو ربح، بعد لزوم الشركة بالبذر بعد العقد الصحيح. أما قبل اللزوم فمفسد ولو صرحوا بأنه تبرع.

3 ـ أن يتَمَاثَلَ البَذْرَانِ منهما إن أخرجاه من عندهما؛ كما لو كانت الأرض بينهما وأخرج كلّ منهما منابه في البذر، فلا بد من تماثلهما في النَّوْع، كقمح أو شعير أو فول، لا إن اختلفا كَقَمْحٍ من أحدهما وشَعِيْرٍ أو فول من الآخر.

ومن التماثل أن يخرج كل منهما منابه فولاً مثلاً ومنابه قمحاً؛ بأن يخرجا معاً إردب فول يزرع على جهة وإردب قمح يزرع في جهة أخرى فإنه صحيح. فإن أخرج أحدهما من البذر غير ما أخرجه الآخر فسدت ولكل واحد ما أنبته بذره، ويتراجعان في الأكرية. ثم إن مذهب مالك وابن القاسم أنه لا يشترط خلط البذرين حقيقة ولا حكماً، بل إذا خرج كلّ منهما ببذره وبذره في جهة فالشركة صحيحة وهو الراجح الذي به الفتوى. وليس لابن القاسم قول باشتراطه خلافاً لما في بعض شراح مختصر خليل، وإنما القولان لسحنون. ووجه القول بالخلط أنّ الشركة تقتضي السلطنة على ملك

---

(1) المعونة: 2/ 1141، والذخيرة: 6/ 126. (2) الذخيرة: 6/ 127.

الشريك بسبب الشياع والخلط، فلا بدّ من تحقق السبب بصورة أو معنى[1].

العمل في المزارعة:

المراد بالعمل في المزارعة الحرث وما في معناه، كعزق الأرض، لا السقي والحصاد والدراس لأنه مجهول، فمتى شرط على العامل فسدت الشركة. والعرف كالشرط. وليس للعامل عند شرط هذا إلا أجرة عمله. وأما لو تطوع بزائد عن الحرث وما في معناه بعد العقد، فذلك زائد. وعدم جواز اشتراط الحصاد والدراس والسقي هو قول سحنون، وصححه ابن الحاجب والتونسي. وعن ابن القاسم المراد بالعمل الحرث والحصاد والدراس، فيجوز اشتراطها على العامل.

الصور التي تستوفي الشروط:

1 ـ إذا تَسَاوَيَا أو تساووا ـ إن كانوا أكثر ـ في الجميع، بأن تكون الأرض بينهما، والعمل بينهما، والآلة كذلك بكراء أو ملك منهما أو من أحدهما وكراء من الآخر. فهذه مما لا خلاف في جوازها كما تقدم. أي: مع الدخول على أنّ كل واحد يأخذ من الربح بقدر ما أخرج، وإلا فلا تجوز كما مرّ للدخول على التفاوت في الربح.

2 ـ إذا قَابَلَ العمل من أحدهما البَذْرَ من الآخر، والأرض بينهما.

3 ـ أو قابل العمل من أحدهما الأرْضَ من الآخر والبذر بينهما.

4 ـ أوْ قابل العَمَل من أحدهما البذر والأرض معاً من الآخر.

فهذه الثلاثة جائزة أيضاً كالأولى؛ لأنه لم يقابل الأرض بذر فيها. ولا بدّ من بقية الشروط بأن يدخلا على أنّ الربح بينهما على حسب ما أخرج كلّ واحد، وأن يتماثل البذران في المسألة الثالثة؛ وهي ما إذا قابل الأرض عمل وكان البذر بينهما. وتقدم أن التبرع بزيادة عمل أو ربح بعد لزومها مغتفر.

5 ـ أن يكون لأحَدِهِمَا الجَمِيعُ؛ الأرض والبذر والآلة من حيوان وغيره، ويكون للآخر عَمَل اليَد فَقَطْ من حرث وتنقية وحصد ودرس على قول ابن القاسم. وهي جائزة بشرط زائد على ما تقدم وهو أن يعقَدا بِلَفْظِ الشَّرِكَةِ على أنّ للعامل جزءاً من الخمس أو غيره وتسمى مسألة الخماس.

ما يفسد المزارعة:

ـ أن يعقدا في الصورة الخامسة بلفظ الإجَارَةِ فلا تجوز؛ لأنها إجارة بأجر مجهول وهي فاسدة. أو يعقدا بلفظ مطلق ولم يقيدا بلفظ شركة ولا إجارة فَتَفْسُدُ أيضاً لحمل الإطلاق على الإجارة عند ابن القاسم. وحمله سحنون على الشركة فأجازها.

---

(1) الذخيرة: 6/ 127.

ـ أن تكون من أحدهما أرض لها بالٌ ولكن تلغى، وَيتَسَاوَيَا في غَيْرِهَا من بذر وعمل وآلة؛ فتفسد لعدم التساوي عند إلغاء الأرض، فإن أخذ صاحب الأرض من صاحبه نصف كرائها جاز لعدم التفاوت. فإن كانت الأرض لا بال لها جاز كما في المدونة؛ لأن ما لا بال له كالعدم.

ـ أن يكون لأحَدِهِمَا الأرْضُ ولو رَخِيصَةً لا بال لها والعَمَلُ، ويكون من الآخر البذر، ففاسدة لمقابلة جزء من البذر بالأرض. بخلاف مسألة المدونة السابقة فإن فيها التساوي في الجميع فالأرض الرخيصة كالعدم. وهنا الأرض والعمل من جهة، والبذر من أخرى فقد قابل الأرض ببعض البذر وإنْ كانت رخيصة.

وقال سحنون بالجواز في الرخيصة وصوّب ابن يونس الأول وهو قول ابن عبدوس.

ـ أن تكون من أحدهما الأرض وبعض البذر، ومن الآخر العمل وبعض البذر، ويأخذ العامل من الربح أنقص من نسبة بذره لكامل البذر، فهي فاسدة.

ـ أن يكون البذر والأرض من كليهما، ويكون العمل من أحدهما. ووجه المنع فيها التفاوت.

ـ إذا تساويا في الجميع، وأسلف أحدهما الآخر البذر، فيمنع لما فيه من السلف بمنفعة.

ـ إذا تساويا في الجميع، ولم يأخذ أحدهما من الربح بقدر ما أخرج، فتمنع للتفاوت.

ثمّ إنْ فَسَدَت المزارعة لفقد شرط أو وجود مانع؛ كما لو تلفظا بالإجارة أو أطلقا في مسألة الخماس أو كما بعدها؛ فإما أن يقع العمل منهما أو ينفرد به أحدهما.

فإن وقع منهما وعَمِلَا مَعاً، وكان البذر لأحدهما وللآخر الأرض؛ فَيكون بَيْنَهُمَا الزرع، وَتَرَادَّا غَيْرَهُ، فعلى صاحب البذر نصف كراء أرض صاحبه وعلى صاحب الأرض لربّ البذر نصف مكيلة البذر.

وإن لم يعملا معاً، بل انفرد أحدهما بالعمل، وله مع عمله إما الأرض وإما البذر، وعلى كلّ حال فهي فاسدة؛ فللْعَامِلِ الزرع وحده إنْ كانَ له مع عمله أرْضٌ أو بَذْرٌ أو بعضُ كُلٍّ منهما، بأن كانت الأرض بينهما أو البذر أو هما، والعمل في كلّ من أحدهما. وعلة الفساد التفاوت.

وعَلَى العامل الذي حكم له بجميع الزرع مِثْلُ البَذْرِ، إذا كان له مع عمله الأرض، وكان البذر من صاحبه أو بعض الأرض؛ كما لو كانت الأرض بينهما وأخرج صاحبه البذر، فقد قابل بعض البذر بعض الأرض فالزرع للعامل وعليه مثل البذر لصاحبه.

أو يكون عليه أجرة الأرض أو البقر المنفرد به الآخر، إن كان له مع عمله بذر وكانت الأرض أو مع البقر لصاحبه.

و«أو» في «أو يكون عليه الأجرة» لمنع الخلوّ. فتجوّز الجمع كما لو كان كل من الأرض والبذر بينهما، والعمل على أحدهما، ففاسدة للتفاوت؛ فالزرع للعامل، وعليه لصاحبه أجرة أرضه ومثل بذره.

والأرض الخراجية كأرض مصر، يراعي فيها أجرة المثل بعد إخراج مال الديوان.

فإن لم يعملا معاً وانفرد أحدهما بالعمل، ولكن لم يكن للعامل بذر ولا أرض بل كان له عمل يده فقط، كما في مسألة الخماس إذا عقداها بلفظ الإجارة أو أطلقا فلا يكون له شيء من الزرع، وإنما يكون له أجرة عمله فقط، والزرع يكون لرب الأرض والبذر. فرجع الأمر إلى ما هو المعتمد من الأقوال الستة؛ وهو قول ابن القاسم واختاره ابن المواز: أن الزرع في المزارعة الفاسدة لمن اجتمع له شيئان من أصول ثلاثة البذر والأرض والعمل.

وَلَوْ كَان الشركاء ثَلَاثَة فأكثر؛ فَالزَّرْعُ لِمَنْ لَهُ شَيْئَانِ منها؛ تَعَدَّدَ من له شيئان أو انْفَرَدَ. فإن انفرد فظاهر، وإن تعدد كان بينهما أو بينهم وأعطي لمن انفرد شيء مثل بذره إن كان ما انفرد به بذراً، أو أجرته إن كان غير بذر. فَلَو انفَرَدَ كلٌّ منهم بِشَيءٍ واحد من الأصول الثلاثة؛ فَيكون الزرع بَيْنَهُمْ أثلاثاً، كما لو كان لكلّ منهم شيئان ا.هـ. مذهب ابن القاسم.

القول الثاني: أن الزرع لصاحب البذر، وعليه لأصحابه أجر ما أخرجوه.

الثالث لابن حبيب: أن الشركة إن فسدت للمخابرة؛ أي: لكراء الأرض بما يخرج منها، فالزرع لرب البذر. وإن فسدت لغيرها كان بينهم على ما شرطوا وتعادلوا فيما أخرجوه.

الرابع: أن الزرع لصاحب عمل اليد، ولو انفرد به، وعليه لأصحابه ما أخرجوه من بذر أو أرض.

الخامس: لمن اجتمع له شيئان من أربعة أشياء؛ أرض وبذر وعمل يد وبقر.

السادس: لمن له شيئان من ثلاثة أشياء؛ أرض وبقر وعمل. والله أعلم بالصواب.



المغارسة[1]

تعريف المغارسة:

المغارسة مأخوذة من الغرس، وهو تثبيت الشجر في الأرض.

وعرّفها الإمام الرصّاع بقوله: عقد على بيع منفعة عاقل في عمارة أرض بشجر، إجارة أو جعالة، أو بجزء من أصل[2].

وصيغة المفاعلة شأنها أن تكون من اثنين، مثل المضاربة، تفيد المشاركة في الفعل، ومقتضاها أن يكون كلّ واحد يغرس لصاحبه، وهي ليست كذلك فالذي يغرس أحدهما، فتحمل الصيغة إمّا على المفاعلة التي تكون في اللغة من واحد، نحو سافر؛ أو بملاحظة العقد فإنّه واقع منهما، فيكون من التعبير بالمتعلّق عن المتعلّق[3].

أركان المغارسة:

أركانها ثلاثة، وهي[4]:

الأول والثاني: المتعاقدان. ويشترط فيهما أهلية الشركة والإجارة، فإنّ المغارسة مركّبة منهما.

الثالث: العمل.

حكم المغارسة:

حكمها الجواز إذا توفّرت شروطها الآتية في كلّ قسم من أقسامها. وسيأتي ذكر دليل الجواز عند ذكر أقسامها.

أقسام المغارسة:

من خلال التعريف، تنقسم المغارسة إلى ثلاثة أقسام: إجارة، وجعالة، وأصل يجمع بين الإجارة والجعالة.

القسم الأول: أن تكون على وجه الإجارة.

---

(1) هذا الفصل مأخوذ من المقدمات: 2/ 236، والذخيرة: 6/ 137.

(2) شرح حدود ابن عرفة: 2/ 515.

(3) الذخيرة: 6/ 93، و6/ 125، و6/ 137.

(4) الذخيرة: 6/ 137.

وذلك مثل أن يقول صاحب أرض لشخص: اغرس لي هذه الأرض كرماً أو تيناً أو ما أشبه ذلك، ولك كذا وكذا. فهذا جائز، ودليل الجواز هو دليل جواز الإجارة.

وهذا القسم جائز سواء سمّى له عدد ما يغرس في الأرض أو لم يسمّه؛ لأنّ ذلك معلوم عرفاً بين الناس. ويشترط للجواز أمران:

الأول: أن يصف له قدر الغروس في الصغر والكبر؛ لأنّ المشقة في ذلك مختلفة، إلّا أن يدخلا في ذلك على عرف فيستغنى به عن الصفة.

الثاني: أن تكون الغروس من عند صاحب الأرض. فإن كانت من عند الغارس فلا يجوز؛ لأنّه يدخل في ذلك ما دخل مسألة الذي استأجر الأجير على أن يبني له داراً، على أنّ الآجر والجصّ من عند البنّاء؛ لأنّه يجتمع في ذلك إجارة وسلم، والإجارة والسلم أحكامهما مختلفة، إذا كان الأجير بعينة لأنّ السلم لا بدّ فيه من ضرب الأجل وتعجيل رأس ماله، والأجير المعيّن لا يجوز أن ينقد له إجارته إلّا بعد شروعه في العمل الذي قد ضرب له الأجل؛ فلا يجوز استئجار الأجير المعيّن على الغرس بشرط أن تكون الغروس من عنده إذا كانت لها قيمة، إلّا بثلاثة شروط، وهي:

تعجيل الإجارة.

والشروع في العمل.

وأن يكون الغرس لا يتمّ إلّا في مدّة طويلة يستحق فيها ما تعجّل من الغروس في جنب ما تأخّر منها.

وأمّا إذا استأجره على الغرس إجارة ثابتة في ذمّته على أنّ الغروس من عنده، ولها قيمة، فذلك جائز؛ لأنّ حكم الإجارة الثابتة في الذمّة حكم السلم، فإن قدّم إليه إجارته وضرب للغرس أجلاً مثل أن يقول: أستأجرك على غرس هذه الأرض في شهر كذا، بكذا وكذا، والغروس من عندك جاز.

القسم الثاني: أن تكون المغارسة على وجه الجعل.

وذلك مثل أن يقول له: اغرس لي هذه الأرض أصولاً، تيناً أو كرماً، أو ما أشبه ذلك، ولك في كلّ ثمرة تنبت كذا وكذا، فهذا جائز على حكم الجعل المحض، ودليل الجواز هو دليل جواز الجعالة. وسيأتي في باب الإجارة أحكام الجعالة والاستدلال عليها.

القسم الثالث: أن تكون المغارسة على جزء من الأرض.

وهذا جائز قياساً على ما جوّزته السنّة من المساقاة. فهذا القسم ليس بإجارة منفردة ولا جعالة منفردة، وإنّما هو أصل في نفسه، أخذ شبهاً من الإجارة والجعالة.

فهو يشبه الإجارة في لزومه بالعقد. ويشبه الجعالة في أنّ الغارس لا يجب له شيء إلّا بعد ثبوت الغرس وبلوغه الحدّ المشترط؛ فإن بطل قبل ذلك لم يكن له شيء، ولا كان من حقّه أن يعيده مرّة أخرى.

وقال ابن القاسم بعدم جواز هذا القسم إلّا على وجه الجعالة؛ أي: بأن يلزم الغارس العقد، ويكون له أن يذهب ويترك العمل إن شاء. فعلى هذا لا تكون المغارسة عنده إلّا على قسمين، وهي: الجعل والإجارة، كان له نصيب من الأرض أو لم يكن.

ويشترط للمغارسة على جزء من الأرض ما يلي:

- أن يكون الجزء من الأرض والشجر معلوماً بينهما. لكن يمتنع تحديده.
- أن يكون الحدّ المشترط للمفاصلة إلى ما دون الإطعام.



الوكالة

تعريف الوكالة لغة:

الوَكَالَةُ ـ بفتح الواو وكسرها ـ لغة: الحفظ والكفالة والضمان والتفويض. يقال: وكّلت أمري لفلان فوضته إليه. ومنه قوله تعالى: ﴿قُلْ يَتَوَفَّىٰكُم مَّلَكُ ٱلْمَوْتِ ٱلَّذِى وُكِّلَ بِكُمْ﴾ [السجدة: 11]، وقوله تعالى: ﴿أَم مَّن يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا﴾ [النساء: 109]، وقوله تعالى: ﴿وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلًا﴾ [النساء: 81]، وقوله تعالى: ﴿قُل لَّسْتُ عَلَيْكُم بِوَكِيلٍ﴾ [الأنعام: 66]. وهذا كلّ أصله الحفظ والرعاية؛ لأنّ الوكيل حافظ لما وكّل عليه، ينوب في الحفظ والرعاية مناب من وكّله[1].

تعريف الوكالة شرعاً:

الوكالة نِيَابَةٌ في حَق، غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ بِمَوْتِهِ ولا إمَارَة، بما يدلّ.

فقوله: «غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ» أي: تلك النيابة.

وقوله: «بِمَوْتِهِ» أي: صاحب الحق، ويخرج به الوصية؛ لأنه لا يقال فيها عرفاً وكالة، ولذا فرقوا بين فلان وكيل ووصيّ.

وقوله: «ولا إمَارَة» عطف على «غير» كأنه قال: وغير إمارة، ويخرج به نيابة السلطان أميراً أو قاضياً أو نيابة القاضي قاضياً في بعض عمله؛ فلا تسمى وكالة عرفاً.

لزوم عقد الوكالة:

تردّد أهل المذهب في لزوم عقد الوكالة على قولين:

الأوّل: هو غير لازم مطلقاً، وقعت بأجرة أو جعل، أو لم تقع بذلك، إذ هي من العقود الجائزة كالقضاء. فعقد القضاء من السلطان غير لازم، فلمن ولي القضاء أن يفكّ نفسه، وكذا من وكّل على شيء فله عزل نفسه.

الثاني: هو لازم إن وقعت الوكالة بأجرة، كتوكيله على عمل معيّن بأجرة معلومة؛ أو إن وقعت بجعل، بأن يوكله على تقاضي دينه، على ما سيأتي في باب الجعالة. وليس المراد وقوعهما بلفظ إجارة أو جعالة؛ لأنها لو كانت بلفظهما، كقوله: آجرتك أو

(1) المقدمات: 3/ 49.

جاعلتك بكذا على أن تتوكل لي على كذا، كانت منهما حقيقة؛ أي: إنما المراد أن العقد على صورة الإجارة بأن عيّن الزمان أو العمل، أو على صورة الجعالة بأن لم يعيّن الزمان.

ولكن لزوم الوكالة هنا يتمّ كما في الإجارة والجعالة، ففي الإجارة تلزم العاقدان بالعقد، ويقابلها في الوكالة أنها تلزم كلّاً من الوكيل والموكّل بمجرد العقد؛ وفي الجعالة تلزم الجاعل فقط بشروع العامل في العمل ولا تلزم المجعول له، ويقابلها في الوكالة الواقعة على وجه الجعالة أنها لا تلزم واحداً منهما قبل الشروع في العمل، وتلزم الجاعل وهو الموكّل بشروع المجعول له وهو الوكيل، وأما المجعول له وهو الوكيل فلا تلزمه. فإن وقعت الوكالة بغير عوض؛ أي: لا إجارة ولا جعالة، لم تلزم.

ومحلّ التردد الذي لأهل المذهب في لزوم الوكالة، إنما هو في الوكالة في غير الخصام، وأما الوكالة في الخصام فهي لازمة مطلقاً، وقعت على وجه الإجارة أو الجعالة أو لا، إذا قاعد الوكيل الخصم كثلاث، وإلّا فلا.

حكم الوكالة:

الوكالة جائزة، والدليل[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ [الكهف: 19]. ووجه الاستدلال أنّ أهل الكهف وكّلوا أحدهم على شراء الطعام. وهذا الاستدلال مما ثبت من شرع من قبلنا ولم يرد في شرعنا ما ينسخه.

ب ـ: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ﴾ [النساء: 6]. ووجه الاستدلال أنّ الآية تقتضي التصرّف في مال اليتيم، وإذا جاز ذلك بلا إذن من مالكه حال كونه ممنوعاً من التصرّف فيه، فجواز ذلك بإذن من يملك التصرّف فيه أولى وأحرى.

ج ـ عن عروة بن الجعد أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة؛ فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه[2].

د ـ عن جابر بن عبد الله أنه قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فسلمت عليه: وقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر؛ فقال: «إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته»[3]. وهذه وكالة في اقتضاء الحقوق.

---

(1) المقدمات: 3/ 51، وشرح التلقين: م4/ ورقة 131، وبداية المجتهد: 2/ 333، والذخيرة: 8/ 5.

(2) أخرجه البخاري في المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم.

(3) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في الوكالة.

هـ ـ عن سليمان بن يسار، أنّ رسول الله ﷺ بعث أبا رافع مولاه ورجلاً من الأنصار، فزوّجاه ميمونة بنت الحارث، ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج[1]. ووجه الاستدلال أنّ ذلك وكالة على النكاح.

و ـ عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، أنّهما أخبرا أنّ رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله. وقال الآخر، وهو أفقههما: أجل، يا رسول فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي أن أتكلّم. قال: «تكلّم»، فقال: إنّ ابني كان عسيفاً[2] على هذا، فزنى بامرأته. فأخبرني أنّ على ابني الرجم. فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي. ثمّ إنّي سألت أهل العلم فأخبروني: أنّ ما على ابني جلد مائة وتغريب عام. وأخبروني أنّما الرجم على امرأته. فقال رسول الله ﷺ: «أما والذي نفسي بيده، لأقضينّ بينكما بكتاب الله. أمّا غنمك وجاريتك فردّ عليك» وجلد ابنه مائة، وغرّبه عاماً. وأمر أُنيساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها. فاعترفت، فرجمها[3]. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ وكّل أنيساً الأسلمي على إقامة الحدود، فهو يدلّ على جواز الوكالة في ذلك.

والآثار النبوية الدالة على جواز الوكالة أكثر من أن تحصى.

ز ـ الإجماع على جواز الوكالة على الجملة.

ح ـ أنّ الأصل في النيابة أنّها جائزة، إلّا فيما استثناه الشرع من أنّه لا تصحّ فيه من العبادات وما جرى مجراها، كما سيأتي ذكره فيما لا تصحّ فيه الوكالة.

ط ـ أنّ بالناس ضرورة إلى الإنابة في أنفسهم وأموالهم، فاقتضى ذلك جواز الوكالة.

أخذ الأجرة على الوكالة:

الوكالة جائزة بعوض وعلى غير عوض؛ فإن كانت بعوض فهي إمّا إجارة أو جعالة، فإن كانت إجارة فيشترط لجوازها أن تكون بأجرة مسمّاة، وأجل مسمّى، وعمل معروف. وإن كانت جعالة فتأخذ أحكام الجعالة.

وإن كانت بغير عوض فهي معروف من الوكيل[4].

أركان الوكالة:

تؤخذ أركان الوكالة من التعريف، وهي أربعة:

1 ـ الموكّل، وهو صاحب الحق. وهو كلّ من جاز له التصرّف في الشيء لنفسه،

---

(1) أخرجه مالك في الحج، باب نكاح المحرم. (2) العسيف: الأجير.

(3) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ والبخاري في الأيمان والنذور، باب كيف كانت يمين النبي ﷺ؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(4) المقدمات: 3/ 59.

فإنّه يجوز له الاستنابة فيه[1].

2 ـ الوكيل. وهو كلّ من جاز له التصرّف لنفسه في الشيء، جاز له أن ينوب فيه عن غيره، إذا كان قابلاً للاستنابة، إلّا أن يمنع مانع كالمرأة أن تنكح الإناث[2]. قال القاضي عبد الوهاب في توكيل المراهق: لا أعرف نصّاً فيه ـ أي: في المذهب ـ، وعندي أنّه لا يصحّ؛ لأنّ كلّ من لم يصحّ أن يوكّل، لم يصحّ أن يتوكّل كالمجنون؛ ولأنّه غير مكلّف كالصغير والمجنون[3].

ويمنع المسلم من توكيل الكتابي على مسلم أو على بيع أو شراء أو استئجار أو الإبضاع[4] معه. وعلّة المنع في توكيله على مسلم: أنّ الكتابي قد يغلظ على المسلمين إذا وكّل عليهم قصداً لأذاهم، فيحرم على المسلم إعانته على ذلك. وأمّا على البيع والشراء فلأنّه لا يتحرّز من الحرام، وقد يعمد إلى اقتحامه وإتيانه به، كالربا والخمر، وما لا تحلّ المعاوضة به.

فإن وقع فإنّه يتصدّق بما زاد على رأس المال في الربا، وفي الخمر ونحوه يتصدّق بجميعه لأنّه كلّه ثمن له فهو حرام كله. وفي الربا إنّما تحرم الزيادة فقط[5].

وهذان الركنان مأخوذان من قول التعريف: «نِيَابَةٌ»، والنيابة تسلتزم منيباً ومناباً؛ أي: موكّلاً ووكيلاً.

3 ـ الموكّل فيه. وهو مأخوذ من قول التعريف: «في حَقّ» أي: من الحقوق المالية أو غيرها كالتعازير، فالشرط كونه يقبل النيابة كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

4 ـ الصيغة. وهي مأخوذة من قول التعريف: «بما يدلّ». والدالُ عرفاً أعمّ من أن يكون لفظاً أو غيره، ككتابة أو إشارة. قال بعضهم: أو عادة كتصرّف الزوج لزوجته في مالها وهي عالمة ساكتة، أو تصرّف الرجل لإخوته كذلك، فإنه محمول بالعادة[6] على التوكيل فيمضي فعله، والقول قوله فيما يدعيه، حتى يثبت المنع للمتصرف من رب المال.

ولا بد من قبول الوكيل.

ولا يكفي التوكيل بِمُجَرَّدِ قول: وكلتكَ، أو: أنت وكيلي؛ فإنه لا يفيد، وتكون وكالة باطلة في كل ما أبهم فيه الموكل عليه، وهو قول ابن بشير. وقال ابن يونس: تفيد وتعمّ. ووافقه ابن رشد في المقدمات، قال: «وهو قولهم في الوكالة إن قصرت

(1) شرح التلقين: م 4/ورقة 131، والذخيرة: 8/ 5.
(2) شرح التلقين: م 4/ورقة 131، والذخيرة: 8/ 5.
(3) الإشراف: 2/ 610.
(4) الإبضاع: إرسال الرجل مالاً مع رجل مسافر ليشتري له به بضاعة من بلد كذا.
(5) الذخيرة: 8/ 5.
(6) حاشية الدسوقي: 3/ 381.

طالت، وإن طالت قصرت». وعلى قول ابن بشير فرّق ابن شاس بينها وبين الوصية بوجهين:

أحدهما: العادة، قال لأنها تقتضي عند إطلاق لفظ الوصية التصرّف في كلّ الأشياء، ولا تقتضيه في الوكالة ويرجع إلى اللفظ وهو محتمل.

ثانيهما: أنّ الموكل مهيّأ للتصرف، فلا بدّ أن يبقي لنفسه شيئاً، فيفتقر لتقرير ما أبقى؛ والوصي لا تصرّف له إلّا بعد الموت، فلا يفتقر لتقريره.

وعلى قول ابن بشير درج الشيخ خليل في مختصره. فلا يكفي حَتَّى يبيّن له أحد أمرين:

الأول: أن يُفَوَّضَ للوكيل بأن يقول الموكّل: وكلتك وكالة مفوّضة أو في جميع أموري أو في كلّ شيء ونحو ذلك.

الثاني: أن يُعَيّنَ له بِنَصٍّ أو قَرِينَةٍ في شيء خاصّ، كنكاح أو بيع أو شراء لخاص أو عام.

أمثلة للحقوق التي تقبل الوكالة:

ـ عَقْد النكاح أو البيع أو الإجارة أو غير ذلك فيجوز توكيل الغير فيه. والدليل الحديث المتقدم في توكيل النبي ﷺ على زواجه بميمونة ﵂.

ـ فَسْخ العقود مما ذكر إذا جاز، كعقد مزارعة قبل البذر أو ولي سفيه في النكاح أو البيع. ويشمل الطلاق والإقالة والخلع.

ـ أداء الدين، بأن يوكل من عليه الدين شخصاً يؤدّيه عنه لأربابه؛ أو اقْتِضَاء الدين له، بأن يوكل شخصاً يقبضه ممن عليه.

ـ إنفاذ عُقُوبَةٍ لمن له ذلك، من أمير أو زوج، وذلك يشمل التعازير والحدود فيجوز التوكيل فيها. فللإمام أن يوكل من يباشر ذلك نيابة عنه. والدليل الحديث المتقدم في توكيل النبي ﷺ على إقامة حدّ الزنا.

ـ الحَوَالَة. فيجوز أن يوكل من يحيل غريمه على مدين له.

ـ الإبْرَاء من حق، وإنْ جَهِلَ الحق الموكّل والوكيل ومن عليه الحق؛ كأن يوكّل إنساناً في إبراء ذمة من عليه حق، من مال أو غيره. والإبراء هبة وهي تجوز بالمجهول.

ـ الخصومة. فإنّ التوكيل فيها يجوز للحاضر، والغائب، والرجل، والمرأة، في الصحّة والمرض، رضي الخصم أم لم يرض. ودليل الجواز[1]:

أ ـ عن عبد الله بن جعفر أنّ علياً ﵁ كان لا يحضر الخصومة، وكان يقول: إنّ

---

(1) الإشراف: 2/ 607، والمعونة: 2/ 1237، والذخيرة: 8/ 8.

لها قحماً يحضرها الشيطان. فجعل خصومته إلى عقيل، فلمّا كبر ورقّ حوّلها إليّ، فكان عليّ ﷺ يقول: ما قضي لوكيلي فلي، وما قضي على وكيلي فعليّ[1]. فلم يخالفه أحد من الصحابة ولا أنكر ذلك عليه.

ب ـ القياس على التوكيل في البيع والشراء، يجوز مع الغيبة والحضور، ومع كلّ الأحوال.

ج ـ أنّ الموكّل قد يعجز عن الحجاج فيضيع حقّه، فشرعت الوكالة في الخصومة ليتمكّن كلّ خصم من استيفاء حقّه.

وقد اعترض على المذهب المالكي بتجويز التوكيل في الخصومة، باعتراضين:

الأول: أنّ في ذلك عدم المساواة بين الخصمين؛ لأنّ الموكّل قد يرى أنّه يضع من نفسه ويحطّ من قدرها إذا حضر مجلس المحاكمة.

الثاني: أنّ الوكيل قد يكون حاذقاً بالتحيّل في الخصومات وإبراز الباطل في صورة الحق، ولو ترك الخصم مع خصمه لأمن من ذلك.

والجواب عن الأول: أنّ الآخر له أيضاً أن يوكّل، فإن اختار عدم التوكيل كان عدم المساواة بينهما من قبله لا من قبل الحاكم.

وعن الثاني: أنّ الوكيل إنّما يبني دفاعه على صدق من وكّله، وهو يعلم أنّ اللدد في الخصومة والتحيّل فيها والزور محرَّم في الشرع. ثمّ إنّ الخصم نفسه قد يكون ملدّاً قادراً على التزوير والتبديل وإظهار الباطل في صورة الحق[2].

ـ الحَجّ، بأن يوكّل من يحجّ عنه غير الفريضة، أو من يستنيب له من يحج عنه، فتصحّ وإن كان مكروهاً. وكذا الوكالة في الهبة والصدقة والوقف وقبض حقّ وكلّ ما يقبل النيابة.

واعلم أنّ الفعل الذي طلبه الشارع في الشخص ثلاثة أقسام:

الأول: ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لخصوص الفاعل. وهذا لا تحصل مصلحته إلّا بالمباشرة، وتمنع فيه النيابة قطعاً، وذلك كاليمين والدخول في الإسلام والصلاة والصيام ووطء الزوجة ونحو ذلك. فإنّ مصلحة اليمين الدلالة على صدق المدّعي، وذلك غير حاصل بحلف غيره، ولذلك يقال: ليس في السنة أن يحلف أحد ويستحق غيره. ومصلحة الدخول في الإسلام إجلال الله وتعظيمه وإظهار العبودية له، وإنما تحصل من جهة الفاعل؛ لأنّ لا يلزم من خضوع الوكيل خضوع الموكّل.

---

(1) أخرجه البيهقي في الوكالة، باب التوكيل في الخصومات؛ وابن أبي شيبة في البيوع والأقضية، باب في الوكالة في الخصومة.

(2) شرح التلقين: م 4/ورقة 132.

وكذا الصلاة والصيام ومصلحة الوطء والإعفاف وتحصيل ولد ينسب إليه، وذلك لا يحصل بفعل غيره.

الثاني: ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو، وهذا لا يتوقف حصول مصلحته على المباشرة، وحينئذ فتصحّ فيه النيابة قطعاً، وذلك كردّ العواري والودائع والمغصوبات وقضاء الديون وتفريق الزكاة ونحوها، فإنّ مصلحة هذه الأشياء إيصال الحقوق لأهلها بنفسه أو بغيره، فلذلك يبرأ من كانت عليه بالوفاء وإن لم يشعر.

الثالث: ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لجهة الفعل ولجهة الفاعل، وهو متردد بينهما. واختلف العلماء في هذا بأيّهما يلحق، وذلك كالحجّ فإنّه عبادة معها إنفاق مال، فالإمام مالك ومن وافقه رأوا أنّ مصلحته تأديب النفس وتهذيبها، وتعظيم شعائر الله في تلك البقاع، وإظهار الانقياد إليه، وهذا أمر مطلوب من كلّ قادر، فإذا فعله إنسان عنه فاتت المصلحة التي طلبها الشارع منه، ورأوا أنّ إنفاق المال فيه أمر عارض، بدليل المكّي يحجّ بلا مال، فقد ألحقوه بالقسم الأول؛ لأنّ هذه المصالح لا تحصل بفعل الغير عنه، ولذا كان لا يسقط الفرض عمّن حجّ عنه، وإنما له أجر النفقة والدعاء. والإمام الشافعي وغيره رأوا أنّ المصلحة فيه القربة المالية التي لا ينفكّ عنها غالباً، فألحقوه بالقسم الثاني.

ما لا تصحّ فيه الوكالة:

ـ لا تصحّ الوكالة في ما لا يقبل النيابة من الأعمال البدنية في العبادات، نحو اليَمِينِ فلا يصح توكيل من يحلف عنه؛ ونحو الصَلاة فلا يصح توكيل من يصلّي عنه فرضاً أو نفلاً، بخلاف توكيل غيره في الإمامة بمحل يؤم فيه الناس أو يخطب عنه فيجوز.

واعلم أنّ الأذان والإمامة وقراءة القرآن والعلم بمكان مخصوص، تجوز فيها النيابة حيث لم يشترط الواقف عدم النيابة فيها. فإن شرط الواقف عدمها وحصلت نيابة لم يكن المعلوم للأصل لتاركه ولا للنائب، لعدم تقرره في الوظيفة أصالة. وإن لم يشترط الواقف عدم النيابة فالمعلوم لصاحب الوظيفة المقرر فيها، وهو مع النائب على ما تراضيا عليه من قليل أو كثير، كانت الاستنابة لضرورة أو لا.

ـ ولا تصح الوكالة في مَعْصِيَةٍ، كَظِهَارٍ فلا يوكّل من يظاهر عنه زوجته ولا يلزمه شيء. وكذا سائر المعاصي: فمن أمر غيره أن يشتري له خمراً أو يقتل نفساً بغير حق أو يغصب أو يسرق ونحو ذلك فلا يقال له نيابة، ويقال له أمر. وتلزم أحكام هذه المحرمات متعاطيها. ودليل عدم صحّة الوكالة في المعصية: دلالة الأولى؛ لأنّ الوكيل نائب عن الموكل فيما كان له أن يفعله، وقد ثبت أنّ الموكّل لم يكن له فعل المعصية،

فكان الوكيل بأن لا يجوز له ذلك أولى[1].

ومن قال لغيره: افعل لي ما يجوز، كـ: اسرق لي مالي الذي بيد فلان أو: اغصبه لي منه، أو: اقتل لي من قتل أبي الثابت شرعاً؛ سمي نيابة ووكالة.

وتنفرد النيابة عن الوكالة في صاحب إمرة أناب غيره في إمارة أو قضاء، كذا ذكره بعضهم.

والحاصل أنّه اختلف فقيل: إنّ النيابة مساوية للوكالة، وهو لابن رشد وعياض، فكلّ ما صحت فيه النيابة تصحّ فيه الوكالة. وقيل: النيابة أعمّ، فليس كلّ ما صحّت فيه النيابة تصحّ فيه الوكالة، كالإمرة.

توكيل أكثر من واحد في الخصومة:

لَا يَجُوزُ توكيل أَكْثَر مِنْ وَاحد في خُصُومةٍ، لما فيه من كثرة النزاع، إلا برِضَا الخَصْم، فيجوز الأكثر. كما يجوز الواحد مطلقاً؛ أي: وإن كره الخصم ذلك الواحد. وقد تقدّم الدليل على جواز التوكيل في الخصومة.

توكيل من هو عدوّ لخصم الموكل في خصومة:

لا يجوز للموكّل توكيل من له عداوة بينه وبين خصمه؛ أي: الموكّل، لما فيه من الإضرار.

كما لا يجوز له أنْ يوكل من يخاصم عنه خصمه إذا قَاعَدَهُ عند الحاكم ثلاث مجالس ولو في يوم واحد، فليس له أن يوكّل أحداً يخاصم عنه خصمه؛ لأن شأن الثلاثة مجالس انعقاد المقالات بينهما وظهور الحق؛ فالتوكيل حينئذٍ يوجب تجديد المنازعة وكثرة الشرّ، إلا لعُذرٍ من مرض أو سفر فله حينئذٍ التوكيل. ومن العذر حلفه أن لا يخاصمه لكونه ألدّ الخصام، لا إن حلف لغير موجب.

ما يجب على الوكيل في الوكالة:

- يجب على الوكيل في توكيله على البَيْعِ طَلَبُ الثَّمَنِ من المشتري وقَبْضه منه؛ لأنّه من توابع البيع الذي وكلّ عليه.

والفرق هنا بين وكيل البيع جعل له قبض الثمن، ولم يجعل لوكيل النكاح قبض الصداق إلّا بتوكيل خاص؛ لأنّ بضع المرأة بيدها لم تسلّمه فكان لها هي قبض صداقها، والسلعة في البيع قد تسلّمها الوكيل فكان له قبض عوضها. وأيضاً فإنّ عادة الناس لم تجر بإحضار الصداق عند عقد النكاح، وفي البيع جرت العادة التناجز في الثمن والمثمن. وكذلك العادة أنّ الوكيل على البيع وكيل على قبض الثمن، فله قبضه

---

(1) الإشراف: 2/ 611.

عملاً بمقتضى العرف؛ ولم يجر العرف بذلك في النكاح، فيبقى الحكم على الأصل[1].

وهذا حيث لا يوجد عرف بعدم طلبه، وإلّا لم يلزمه، بل ليس له حينئذ قبضه، ولا يبرأ المشتري بدفع الثمن إليه.

- يجب عليه في توكيله على الشرَاءِ قَبْضُ المَبِيع من بائعه وتسليمه لموكّله.

- يجب عليه رَدُّ المبيع بِالعَيْب، إذا ظهر فيه عيب، إنْ لَمْ يُعيّن له مُوكلُهُ المبيع. فإن عينه بأن قال له: اشتر لي هذه السلعة أو سلعة فلان الفلانية، فلا ردّ للوكيل بعيب ظهر فيها. وهذا في غير الوكيل المفوّض، وإلّا فله الرد ولو عين له.

ويطالب البائع الوكيل بالثَّمَنِ لسلعة اشتراها الوكيل لموكله؛ ويطالب المشتري الوكيل بالمثمَنِ الذي باعه الوكيل لموكّله على بيعه؛ إلا أنْ يُصَرّحَ الوكيل بالبَرَاءَة من ذلك، بأن يقول: ولا أتولى دفع الثمن لك، أو لا أتولى دفع المثمن فلا يطالب وإنما يطالب بالثمن أو المثمن موكله؛ وإلا أن يكون العرف عدم طلبه بهما، وإلا عمل به كما مرّ.

ولا يطالب بالثمن أيضاً إذا قال لبائع: بعثني فُلَانٌ لِتَبِيعَهُ كذا فباعه، فلا يطالب بالثمن؛ بِخِلَافِ قوله: بعثني لأشْتَري لَهُ مِنْكَ كذا، فيطالب الرسول إلا أن يعترف المرسل بأنه أرسله، فليتبع أيّهما شاء. والفرق بين هذه والتي قبلها: أنه في هذه أسند الشراء لنفسه وفيما قبلها أسنده لغيره، ولذا لو قال: لتبيعني، كان الطلب على الرسول.

ويطالب المشتري الوكيل بالعُهْدَةِ من عيب فيما باعه لموكله أو استحقاق. أي: إذا باع الوكيل سلعة وظهر بها عيب أو حصل فيها استحقاق، رجع المشتري على الوكيل. وهذا مَا لَمْ يَعْلَم المُشْتَرِي بأنه وكيل كالسمسار، وما لم يحلف الوكيل أنه كان وكيلاً في البيع فقط، وإلّا فالطلب على الموكّل. إلا إذا كان وكيلاً مُفَوَّضاً، فالطلب عليه ولو علم المشتري أنه وكيل. أي: فللمشتري الرجوع عليه أو على موكله، فيصير له غريمان يتبع أيهما شاء، كالشريك المفوّض.

- يجب على الوكيل أن يفعل ما فيه المصلحة لموكّله؛ فَيَتَعَيَّنُ عليه في التوكيل المطلق - أي: الذي لم يذكر له فيه نوع الثمن أو جنسه - في بيع أو شراء:

* نَقْدُ البَلَدِ من ذهب أو فضّة. والمراد بالبلد أي: التي وقع بها البيع أو الشراء، سواء وقع التوكيل فيها أو في غيرها.

* شراء ما هو لَائِق بموكّله، وإلّا لم يلزم الموكل.

* ثَمَنُ المِثْلِ، وإلّا لم يلزم الموكل. أي: فإذا وكله على بيع سلعة، فلا بدّ من

(1) عدّة البروق: 251.

بيعها بثمن مثلها، لا بأقلّ؛ وإذا وكله على شراء سلعة، فلا بدّ من شرائها بثمن مثلها، لا بأكثر. ومحلّ تعيّن ثمن مثل إذا كان التوكيل على البيع أو الشراء مطلقاً لم يسمّ له ثمناً، فإن سمّاه تعيّن.

ويخيّر الموكّل في القبول والردّ، إلا أن يكون شيئاً يسيراً يقع التغابن به بين الناس فلا كلام للموكّل. ومحلّ الخيار إذا كانت المخالفة لا نزاع فيها، وأما لو أنكر الوكيل المخالفة، فهل يكون القول قول الموكّل، وهو الذي جزم به بعضهم.

كما يخيّر الموكل في القبول والردّ في مسائل:

* في صَرْفِ ذَهَبٍ بفضّة. إذا دفع الموكل للوكيل ذهباً ليسلمه له في طعام أو غيره، أو يشتري له به شيئاً، فصرفه بِفِضَّةٍ وأسلمها أو اشترى بها؛ فيّخير الموكّل بين القبول والردّ في غير السلم مطلقاً؛ وفي السلم إن قبضه الوكيل، لا إن لم يقبضه فيتعين وليس له الإجازة، لما فيه من فسخ الدين في الدين؛ لأنه بمجرّد مخالفة الوكيل ترتب الثمن في ذمته ديناً، وقد فسخ ذلك في مؤخر وهو السلم فيه؛ وأيضاً لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه إن كان طعاماً؛ لأنّ الطعام لزم الوكيل بمجرّد شرائه بالدراهم المخالفة لنقد الموكل، فإذا رضي الموكل بذلك فكأن الوكيل باعه الطعام قبل قبضه من المسلم إليه. وقيل: التخيير إنما هو بعد القبض في السلم وغيره لا قبله لجريان العلة المذكورة، فتأمله.

ويستثنى إن كان عادة الناس الصرف أي: شراء تلك السلعة الموكل على شرائها بالدراهم أو سلم الدراهم فيها. كما يستثنى إن كان صرف الدنانير بالدراهم نظراً ومصلحة للموكل، كما لو كانت الدنانير تنقص في الوزن فيتعلل عليها البائع مثلاً. فلا خيار للموكل. ولا خصوصية للسلم ولا للطعام كما صرحوا به.

* في مخالفة الوكيل موكله في مشترى عيّنه له، بأن قال له: اشتر لي هذا الشيء فاشترى غيره، أو قال له: اشتر لي حماراً فاشترى ثوباً. أو مخالفة سوق عينه له أو زمَانٍ عينه له؛ فيخير الموكل بين القبول والرد؛ لأن تخصيصه معتبر.

* في بَيع الوكيل بأَقَلَّ ممّا سَمَّى له الموكل ولو يسيراً، فيخيَّر.

* في الشراء لموكله بأكثر ممّا سمّى له أو من ثمن المثل إذا كان كثيراً، فيخير. فإذا كان يسيراً فلا يخير، وعلة الفرق بين البيع والشراء أنّ شأن الشراء الزيادة لحصول المطلوب، ولذا استثني اليسير، كزيادة دينارَيْنِ في تسمية أَرْبَعِيْنَ ديناراً فيلزم ولا خيار. فاليسارة نصف العشر كواحد في عشرين وثلاثة في ستين. واعتبر بعضهم قيد الكثرة في الشراء والبيع معاً، فلا خيار في المخالفة باليسير حتى في البيع، واغتفار اليسير في الشراء دون البيع هو المعتمد.

وحيث خالف الوكيل في شيء مما ذكر وثبت للموكل الخيار، لَزِمَ الوكيل مَا

اشْتَرَى إنْ رَدَّهُ مُوَكِلُهُ. وليس للوكيل ردّ المبيع على بائعه، إلا أن يعلم البائع بأنه وكيل قد خالف موكّله بشيء ممّا تقدم أو يكون له الخيار ولم تمض أيام الخيار. وسواء كان الخيار للبائع أيضاً أم لا كما تقدم في الخيار. ولا وجه للتنظير فيه.

ما لا يجوز في الوكالة:

- يمنع تَوْكِيلُ الكَافِرِ، سواء كان ذمياً أو غير ذمي. وذلك في البَيْع لمسلم، أو الشِرَاء له، أو في التقاضي لدين ونحوه كغلة وقف، أو خراج على مسلم؛ لأنّ الكافر لا يتحرى الحلال ولا يعرف شرط المعقود عليه من ثمن ومثمن. وظاهره: ولو رضي من يتقاضى منه الحق، وهو كذلك لحق الله تعالى، وربما أغلظ على من يتقاضى منه الحق، قال تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141].

وأما توكيل الكافر لكافر، فإن كان على استخلاص دين له من مسلم منع؛ لأنه ربما أغلظ عليه وشق عليه، وإن كان على غير ذلك فلا منع. فإن قيل: إنّ العلة جارية حتى في الدائن الأصيل؟ والجواب أنّ التوكيل فيه تسلّط كافرين، بخلاف عدمه فإنه لا تسلط فيه إلّا لصاحب الحق.

وأما توكيل الكافر لمسلم على تقاضي الدين من كافر فإنه يجوز؛ لأن العلة لا تتأتى هنا.

وقصر منع توكيل الكافر في الأمور الثلاثة التي هي: البيع والشراء والتقاضي، يفيد جواز توكيله في غيرها، كقبول نكاح ودفع هبة وإبراء ووقف وهو كذلك.

- يمنع توكيل عَدُوٌ عَلَى عَدُوه، ولو عدوّاً في الدين كيهودي على نصراني وعكسه، لما فيه من العنت وزيادة الشر؛ إلا أنه يجوز توكيل مسلم على ذمي بخلاف العكس.

- يمنع على الوكيل إذا وكّل على بيع شيء شِرَاء ما وكل على بيعه لِنَفْسِهِ. وإذا فعل فيوقف على إجازة موكله. فيمنع ولو سمّى الوكيل للموكّل الثمن، لاحتمال الرغبة فيه من الغير بأكثر، إلا أن تنتهي فيه الرغبات. فالمنع مقيّد بما إذا لم يكن شراؤه بعد تناهي الرغبات، وبما إذا لم يأذن له ربّه في البيع لنفسه، سواء كان الإذن حقيقياً أو حكمياً، كما لو اشتراه لنفسه بحضرة ربّه.

كما يمنع شراؤه ما وكل على بيعه لِمَحْجُورِهِ، من صغير أو سفيه؛ لأنه مثل الشراء لنفسه. وما قيل في شرائه لنفسه يقال في شرائه لمحجوره. أما شراؤه لزوجته وولده الرشيد، فلا يمنع من ذلك، لاستقلالهم بالتصرف لأنفسهم، إن لم يحاب لهم، فإن حابى منع، ومضى البيع، وغرم الوكيل ما حابى به. والعبرة بالمحاباة وقت البيع.

- يمنع على الوكيل أن يوكّل غيره في شيء وكّل هو فيه؛ لأنّ الموكّل لم يرض إلا بأمانته. ويستثنى من ذلك:

* أنْ لَا يَلِيقَ بالوكيل تولّي ما وكّل عليه، بأن يكون من ذوي الهيئات، ووكّل على أمر مستحقر، فيجوز توكيله.

* أن يَكثرَ ما وكّل عليه، فيوكّل من يعينه على تحصيله لا استقلالاً. بخلاف الأول. وهذا في غير المفوّض، وأما المفوّض فلا يمنع أن يوكّل على المشهور. ومحل جواز التوكيل فيما إذا كان الوكيل ذا وجاهة لا يليق به البيع أو الشراء لما وكل فيه؛ إن علم الموكّل بذلك وكان الوكيل مشهوراً بذلك. ويحمل الموكّل على علمه بذلك، فلا يصدّق إن ادعى عدم العلم. وأما إذا لم يعلم بذلك ولم يشتهر الوكيل به، فليس له التوكيل، وهو ضامن للمال إن تلف وضمنه لتعدّيه. ويحمل الموكّل على عدم العلم إن ادعاه.

وإذا وكّل الوكيل وكيلاً من غير إذن الأصيل ـ أي: الموكل الأصيل ـ، وتصرّف الوكيل الثاني ببيع أو شراء على طبق ما أمر به الوكيل الأول، فهل يجوز للأصيل إمضاؤه لأنها لم تقع المخالفة فيما أمر به الأصيل، وإنما وقعت في التعدّي بالتوكيل؟ أو لا يجوز له الرضا لأنّه بتعدّي الأول صار الثمن ديناً في ذمته فلا يفسخه فيما تصرف فيه الوكيل الثاني؛ لأنه فسخ دين في دين ما لم يحل الأجلان؟ اختلاف في المسألة.

وحيث جاز للوكيل التوكيل فوكّل، فَلَا يَنْعَزِلُ الوكيل الثَّانِي بِعَزْلِ الأوَّلِ ولا بموته. أي: إذا عزل الأصيل ـ أي: الموكل الأصيل ـ وكيله فلا ينعزل وكيل الوكيل. وينعزل كلّ منهما بموت الأصيل، وله عزل كل منهما وللوكيل عزل وكيله.

ـ يمنع رِضَا الموكّل بِمُخَالَفَة الوكيل في سلم أمره به، بأن أمره أن يُسْلم له في عرض أو طعام عينه له، فأسلم في غيره؛ أي: خالفَ في جنس المسلم فيه، فلا يجوز للموكل أن يرضى بذلك السلم. وذلك إنْ دَفَع له الثَّمَنَ أي رأس المال ليسلمه فيما عينه له، فخالف وأسلمه في غيره؛ لأنه لما تعدّى ضمن الثمن في ذمته فصار ديناً عليه؛ فإن رضي الموكّل فقد فسخ الدين فيما يتأخر قبضه، وهو فسخ دين في دين. ويزاد في الطعام بيعه قبل قبضه؛ لأنّه بتعديه صار الطعام للوكيل، وقد باعه للموكل قبل قبضه بالدين الذي صار في ذمته.

ويستثنى من عدم جواز الرضا أنْ يعْلَمَ الموكل بتعدي الوكيل بَعْدَ قَبْضِهِ من المسلم إليه، فيجوز لك الرضا بأخذه لعدم الدين بالدين، وعدم بيع الطعام قبل قبضه. أو يعلم بَعْدَ حلول الأجل، فيجوز الرضا. لكن في غَيْرِ الطَّعَامِ إذا كنت تقبضه بلا تأخير لعدم الدين بالدين. وأما في الطعام فلا يجوز، لبيعه قبل قبضه، وكذا في غير الطعام إذا كان قبضه يتأخر.

ومفهوم: «إن دفعت له الثمن» أنّه إذا لم يدفعه له وأمره أن يُسْلم له في شيء معيّن، فخالف وأسلم في غيره، فيجوز له الرضا بما فعل ويدفع له الثمن؛ لأنه لم

يجب للموكل علي الوكيل شيء فيفسخه في شيء لا يتعجله الآن؛ ويجوز له أن لا يرضى. وهذا في غير الطعام، وأما الطعام فلا يجوز له الرضا به لوجود علة أخرى، وهي بيع الطعام قبل قبضه.

فتحصل أنّ محل منع الرضا بالمخالف: أن يدفع الأصيل للوكيل الثمن، وأن يعلم الأصيل بتعدّي الوكيل قبل القبض وقبل حلول الأجل له.

ومثل مخالفة الوكيل في جنس ما أمره الموكل أن يسلم فيه، ما لو حصل من الوكيل مخالفة في رأس المال، كما إذا أمره أن يدفع رأس المال عيناً فدفعا عرضاً. والعلة في منع الرضا فيهما واحدة.

- يمنع رضا الموكل في بيع ما وكل الوكيل على بيعه نقداً، أو كان العرف بيعها نقداً، وسواء سميت له الثمن أم لا، إن باعه بدين وفَاتَت السلعة بيد المشتري بما يفوت به البيع الفاسد من حوالة سوق فأعلى؛ لأنه لما تعدّى وباعها بالدين لزمه ما سمى الموكل له إن سمى له ثمناً، والقيمة إن لم يسمّ له. فإذا رضي بفعله فقد فسخ ما وجب له عليه حالاً في شيء لا يتعجله الآن، وهو فسخ ما في الذمة في مؤخر. فإن لم تفت السلعة جاز الرضا لأنه كابتداء بيع، وجاز رد البيع وأخذ السلعة. ومحل المنع فيما إذا فاتت إن باعها بأكثر مما سمى له، أو من القيمة فيما إذا لم يسم، لما فيه من فسخ قليل في كثير، فإن باعها بمثل التسمية أو القيمة فأقل جاز الرضا.

وحاصل المسألة أنّ الموكل إذا وكل وكيلاً على بيع سلعة، فباعها بدين، فإنه يمنع الرضا به، سواء كان ذلك الثمن المؤجل عيناً أو عرضاً أو طعاماً. والمنع مقيد بكون الثمن المؤجل أكثر مما سماه له إن باع بجنس المسمى، أو بكونه من غير جنس المسمى والحال أن المبيع قد فات. فلو باع بجنس المسمى وكان أقل أو مساوياً لما سماه جاز الرضا بالدين. وكذا إن كان المبيع قائماً وباع بغير جنس المسمى، أو بجنسه بأكثر، فيجوز له الرضا بذلك الدين ويبقى لأجله.

وإذا منع الرضا بفوات السلعة فإنه يباع الدَّيْنُ الذي على المشتري، وحينئذٍ إما أن يوفّي ثمنه بالتسمية أو القيمة أولاً؛ فإنْ وَفّى ثَمَنَهُ أوْ القِيمَة، فيما إذا لم يسمّ له شيئاً، بأن ساوى أو زاد فالأمر ظاهر وأخذه الموكل.

وإن لم يوفّ بأن نقص الثمن عن ذلك فإنّ الوكيل يغرم التَّمَامَ. فإنْ طلب الوكيل من الموكل الغُرمَ أي: غرم التسمية أو غرم القيمة لموكله الآن ولا يباع الدين، وسأله الصَّبْرَ للأجل لِيَقْبَضَ الدين من المشتري، ويَدْفَعَ الزَّائِدَ على التسمية أو القيمة، إنْ كَانَ هناك زائد عليهما؛ أجيب الوكيل لذلك. ولا ضرر إن كانت قيمته الآن لو بيع قدر التسمية أو القيمة فأقَلّ؛ إذ ليس للوكيل في ذلك نفع بل فعل معروفاً مع الموكّل.

فإن كانت قيمته الآن أكثر لم يجز الصبر، ولا بد من بيع الدين؛ لأن الموكّل قد

فسخ ما زاد على التسمية أو القيمة فيما بقي؛ كما لو أمره أن يبيعها بعشرة نقداً، أو لم يقيد له والقيمة بين الناس كذلك عشرة، فباعها الوكيل بخمسة عشر إلى أجل، وقيمة الدين الآن لو بيع اثنا عشر، فإذا رضي بالصبر إلى الأجل فكأنه فسخ دينارين في خمسة إلى الأجل.

والتعليل فيما تقدم بأن ليس للوكيل في ذلك نفع، ظاهر فيما إذا كانت قيمة الدين قدر التسمية أو القيمة لا أقل، فإن كانت أقل فالنفع للوكيل حاصل؛ لأنه لو كان قيمة الدين الآن لو بيع ثمانية في المثال المتقدم، كان فيه سلف من الوكيل جر نفعاً له.

وبيانه أن الوكيل تلزمه التسمية عشرة وهي أكثر من قيمته الآن، فإذا بيع الدين بقيمته ثمانية غرم تمام التسمية، فيعطى التسمية الآن ليقبضها عند الأجل، فكأنه سلف موكله اثنين، فإذا جاء الأجل أخذ عنها عشرة؛ ثمانية منها في نظير قيمة الدين الآن، والاثنان في نظير الاثنين السلف، وفيه نفع له إذ لو بيع الدين الآن بثمانية لغرم الوكيل اثنين تمام التسمية ولا رجوع له بها. ولذا منع أشهب ما إذا كانت قيمته أقل، ولم يراع ذلك ابن القاسم وأجازه كما ذكرنا؛ لأن البيع لا يكون إلا برضاهما؛ فلا يتحقق السلف، فالبيع لا يلزم الوكيل بل إذا سأل الصبر وغرم التسمية أجيب وأجبر له الموكل ولا يتحقق له سلف إلا إذا لزمه البيع، فتدبر ما في هنا من دقة التعاليل.

وإنْ أمر الموكل الوكيل أن يبيع السلعة نقداً، فأَسْلَمَهَا في طَعَام، تَعَيَّنَ الغُرْمُ على الوكيل حالاً؛ أي: غرم التسمية أو القيمة إذا لم يسمّ له ثمناً، إنْ فَاتَتْ السلعة، وإلا فلربها ردها وله الإمضاء كما تقدم. وَاسْتُؤْنِيَ بالطَّعَامِ المُسلم فيه لأَجَلِهِ، ولا يباع قبله، لما فيه من بيع الطعام قبل أجله، فيباع الطعام بعد قبضه، فإن بيع بقدر التسمية أو القيمة فواضح. وإن بيع بأقلّ غرِمَ الوكيل النَّقْصَ وقد كان دفعه؛ أي: بمعنى لا رجوع له بما غرم أوّلاً بالزائد عما نقص من ثمن الطعام. والزِيَادَة وهي أن يبيع بأزيد من التسمية أو القيمة، تكون للموكل لا للوكيل المتعدى، إذ لا ربح لأحد في مال غيره.

ضمان الوكيل:

الأصل في الوكيل أنّه أمين في حقّ الموكّل، فلا يضمن إلّا بالتعدّي أو التفريط[1]. وصور ضمان الوكيل ولو مفوضاً كما ما يلي:

- إنْ أَقْبَضَ ديناً على موكله، أو أقبض مبيعاً وكّله على بيعه لمشتريه، وَلَمْ يُشْهِدْ على الإقباض؛ حيث أنكره القابض أو مات أو غاب بعيداً؛ أي: لم تقم له بينة عليه وإن لم يقصدها، وسواء جرت العادة بالإشهاد أو بعدمه على المذهب. ومحل الضمان إن لم يكن الدفع بحضرة الموكل، فإن كان بحضرته فلا ضمان على الوكيل

(1) الذخيرة: 8/ 15.

بعد الإشهاد، ومصيبة ما أقبض على الموكل، لتفريطه بعدم الإشهاد.

وهذا بخلاف الضامن يدفع الدين بحضرة المضمون حيث أنكر ربّ الدين القبض، فإنّ مصيبة ما دفع على الضامن، ولا رجوع له به على المضمون؛ والفرق بين المسألتين حيث جعلوا الدافع في الأولى غير مفرّط وفي الثانية مفرطاً، مع أنّ الدفع من كلّ بحضرة من عليه الدين؛ أنّ ما يدفعه الوكيل مال الموكل فكان على ربّ المال أن يشهد، بخلاف الضامن فإنّ ما يدفع من مال نفسه فعليه الإشهاد، فهو مفْرط بعدمه.

ومقابل المذهب في ضمان الوكيل في هذه المسألة، ما قيل: إنه لا ضمان عليه إذا جرت العادة بعدم الإشهاد.

وعلى المذهب فيستثنى هذا الحكم من قاعدة العمل بالعرف. وأما لو اشترط الوكيل عدم الإشهاد فلا غرم عليه جزماً.

- إن أنْكَرَ الوكيل القَبْضَ لما وكله الموكل على قبضه، فقامت عَلَيْهِ بينة بأنه قبض، فَشَهِدَتْ له بَيِنَةٌ بتَلَفِ المقبوض، فإنه يضمن ولا تنفعه بينة التلف بلا تفريط؛ لأنه أكذبها بإنكاره القبض. وذلك كالمِدْيَان ينكر أصل المعاملة، فتشهد البينة به عليه، فيقيم بيّنة بأنه دفعه لربه فيضمن، ولا تنفعه بينته بالدفع؛ لأنه أكذبها بإنكاره، بخلاف ما لو قال: لا حق لك عليّ، فأقيم عليه بينة به فأقام بينة بالدفع فتنفعه كما يأتي في القضاء.

ويصدّق الوكيل[1] بيمينه في دَعْوَى التَّلَفِ لما وكّل عليه؛ لأنه أمين؛ وفي دعوى الدَّفْع[2] لثمن أو مثمن أو دفع ما وكّل عليه لموكله.

ويلزِم الموكّل إذا وكّل وكيلاً على شراء سلعة فاشتراها له، غُرْمُ الثَّمَن ولو مراراً، إن ادعى تلفه بلا تفريط، إلى أنْ يَصِلَ الثمن لِبائع السلعة؛ إلّا أنْ يدْفَعهُ للوكيل أوّلاً قبل الشراء[3]، فإنه إذا ضاع لم يلزم الموكل دفعه ثانية، سواء تلف قبل قبض السلعة أو بعده.

وتلزم السلعة الوكيل بالثمن الذي اشتراها به إذا أبى الموكّل من دفعه ثانياً، ما لم

---

(1) يعني أنّ الوكيل غير المفوّض إذا وكل على قبض حقّ، فقال: قبضته وتلف منّي، فإنّه يبرأ لموكله من ذلك؛ لأنه أمين. وأما الغريم الذي عليه الدين فإنّه لا يبرأ من الدين إلّا إذا أقام بيّنة تشهد له أنّه دفع الدين إلى الوكيل المذكور؛ لأنها شهادة على فعل نفسه. وإذا غرم الغريم فإنّه يرجع على الوكيل إلّا أن يتحقق تلفه من غير تفريط منه. وأمّا الوكيل المفوّض ومثله الوصي إذا أقرّ كلّ منهما بأنه قبض الحق لموكله أو ليتيمه وتلف منه، فإنه يبرأ من ذلك. وكذلك الغريم. ولا يحتاج إلى إقامة بيّنة؛ لأن المفوض والوصي جعل لكلّ منهما الإقرار.

(2) أي: إلا أن يكون القبض ببينة توثّق، فإن كان كذلك فلا يصدق إلّا بها.

(3) إنما ضمن الموكل عند عدم دفع الثمن قبل الشراء؛ لأنّ الوكيل إنما اشترى على ذمة الموكل، فالثمن في ذمته حتى يصل للبائع. ومفهوم قوله: إلّا أن يدفعه؛ عدم غرم الموكل إن دفع الثمن للوكيل قبل الشراء وتلف بعده. وظاهره سواء تلف قبل قبض السلعة أو بعده.

يكن الثمن معيناً وأمره أن يشترى بعينه، ففعل وتلف الثمن أو استحق، فينفسخ البيع.

تعدد الوكلاء:

إذا وكّل الموكل وكيلين على بيع أو شراء أو قبض مال أو دفعه، فلأَحَد الوَكيلَيْنِ الاستقلال؛ إلّا لشَرْطٍ من الموكل بعدم الاستبداد؛ لأنّ الأصل عدم الشرط. فإن شرط عدمه فلا استبداد. ويتعلق به الضمان. ولا يلزم الموكل ما استبد به.

ومحل جواز الاستبداد إنْ رتّبهما الموكل، بأن وكلّ أحدهما بعد الآخر، سواء علم أحدهما بالآخر أم لا. فإن وكلهما معاً فلا استبداد؛ لأنهما صارا كالواحد إلا أن يجعل لهما ذلك.

وإذا كان لهما الاستبداد، فإنْ بَاعَ كُلٌّ منهما السلعة التي وكلا على بيعها؛ فالأَوَّل هو الذي يمضي بيعه إن علم.

فإنْ باع الوكيلين أو باع الموكل وَبَاعَ وكيله أيضاً، فَالحكم كَذات الْوَلَّيَيْنِ في النكاح في الجملة، ينفذ بيع الأول إن علم، ما لم يقبضه الثاني بلا علم ببيع من الأول، وإلا قضي به للثاني. وإنْ جُهِلَ الزَّمَن اشْتَرَكا فيه. وكذا إذا باع في زمن واحد لإمكان الشركة هنا بخلاف النكاح.

التنازع بين الموكل ووكيله:

يؤخذ بقول الموكل إنْ تصرف الوكيل في مال موكّله ببيعٍ أو غيره، وادعى الإذن في ذلك، وخَالفَهُ الموكل في الإذْنِ له في ذلك. ويؤخذ بقولَه بِلَا يَمينٍ عليه؛ لأن الأصل عدم الإذن، وهذا ظاهر في غير المفوض. وأما المفوّض فتصرفاته ماضية إلّا الطلاق، والنكاح بكره، وبيع دار سكناه، لقيام العرف على أن تلك الأمور لا تندرج تحت عموم الوكالة، وإنما يفعلها الوكيل بإذن خاص.

وكذا يؤخذ بقوله إذا وافقه في الإذن وخالفه في صفته بأن قال: أذنتك في رهنه، وقال الوكيل: في بيعه، أو تصادقا على البيع وتخالفا في جنس الثمن أو حلوله، لكن هنا يؤخذ بقوله إنْ حَلَف، فإن لم يحلف حَلَفَ الوكيل وكان القول له.

ويستثنى من ذلك فيؤخذ بقول الوكيل إذا دفع الموكل له ثمناً ليشتري له به سلعة، واشترى الوكيل بالثَّمَنِ سلعة كحصان، وخالفه الموكل بأن قال: أمرتك لتشتري به بعيراً مثلاً، وادَّعَى الوكيل أنّه الحصان هُوَ المَأمُور بِهِ، وأَشْبَهَ في دعواه وحَلَفَ، فالقَوْلُ لَهُ. فإن لم يشبه في دعواه أو أشبه ولم يحلف، حَلَفَ الموكل وكان القول له وغرم الوكيل الثمن. فإن نكل الموكل كان القول له.

انعزال الوكيل:

ينعزل الوكيل مفوضاً أو غير مفوّض بمَوْتِ مُوكلِهِ أَوْ بعَزْلِهِ، إنْ عَلِمَ الوكيل

بالموت أو العزل. فليس له التصرف بعد العلم بما ذكر، وإلا كان ضامناً.

وما تصرف فيه قبل العلم فهو ماض على المذهب.

وكذا ينعزل بفلسه الأخص لانتقال الحق للغرماء،

وينعزل غير المفوض بتمام ما وكّل فيه.

عزل الوكيل نفسه:

يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة من غير حضور موكّله، والدليل[1]:

أ ـ قياس الوكالة على الطلاق؛ لأنّه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا شخص فلم يفتقر إلى حضوره أصله الطلاق. وإن شئت في هذا القياس علّلت الشخص، فقلت: إنّ كلّ من لم يكن رضاه شرطاً في رفع عقد لم يكن حضوره شرطاً فيه، أصله الزوجة في الطلاق.

ب ـ القياس على القراض؛ لأنّه عقد جائز فكان لأحدهما فسخه من غير حضور صاحبه كالقراض. وهذا القياس مبني على عدم لزوم عقد الوكالة.

انتهى باب الوكالة، والله أعلم.



(1) الإشراف: 2/ 608، والمعونة: 2/ 1242.

الإقـــرار

تعريف الإقرار:

هو الاعتراف بما يوجب حقاً على قائله بشرطه.

أركان الإقرار:

أركان الإقرار أربعة: مُقِرّ، ومُقَرّ له، ومُقَرّ به، وصيغة.

الركن الأول: المقرّ:

والدليل على قبول إقرار المرء على نفسه[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: 135].

ب ـ قوله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴿١٤﴾ وَلَوْ أَلْقَىٰ مَعَاذِيرَهُۥ ﴿١٥﴾﴾ [القيامة: 14 ـ 15]. والمعنى أنّ الإنسان عليم بصير قوي العلم بنفسه يوم القيامة.

ج ـ قوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم بِمَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿٢٤﴾﴾ [النور: 24].

ووجه الاستدلال من الآيات أنّ الله تعالى جعل ما يقرّ به الإنسان على نفسه يوم القيامة وما تشهد به أعضاؤه حجّة عليه؛ لأنّها شهادة منه عليها.

د ـ قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُوا۟ بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا۟ عَمَلًا صَٰلِحًا وَءَاخَرَ سَيِّئًا عَسَى ٱللَّهُ أَن يَتُوبَ عَلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٠٢﴾﴾ [التوبة: 102]. ووجه الاستدلال أنّ اعتراف المتخلّفين عن الجهاد في غزوة تبوك بذنوبهم إقرار منهم بذلك وتوبة إلى الله تعالى، قابله الله تعالى بالمغفرة والرحمة. أي: كان إقرارهم سبباً في توبة الله عليهم، فدلّ أنّ إقرار الإنسان على نفسه معتبر شرعاً[2].

هـ ـ عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، أنّهما أخبرا أنّ رجلين اختصما إلى

---

(1) أحكام القرآن: 4/ 1890، والجامع لأحكام القرآن: 19/ 76، والذخيرة: 9/ 257، والتحرير والتنوير: 29/ 347.

(2) أحكام القرآن: 4/ 1890، والجامع لأحكام القرآن: 19/ 76، والتحرير والتنوير: 11/ 20.

رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله. وقال الآخر، وهو أفقههما: أجل، يا رسول فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي أن أتكلّم. قال: «تكلّم»، فقال: إنّ ابني كان عسيفاً[1] على هذا، فزنى بامرأته. فأخبرني أنّ على ابني الرجم. فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لي. ثمّ إنّي سألت أهل العلم فأخبروني: أنّ ما على ابني جلد مائة وتغريب عام. وأخبروني أنّما الرجم على امرأته. فقال رسول الله ﷺ: «أما والذي نفسي بيده، لأقضينّ بينكما بكتاب الله. أمّا غنمك وجاريتك فردّ عليك» وجلد ابنه مائة، وغرّبه عاماً. وأمر أُنيْساً الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها. فاعترفت، فرجمها[2]. ووجه الاستدلال أنّ النّبي ﷺ جعل إقرارا المرأة على نفسها بالزنا سبباً لإقامة الحد عليها.

ويشترط للأخذ بإقرار المقرّ شروط هي:

1 ـ التكليف. فلا يؤخذ بإقرار صبي ومجنون ومكره. ووجه عدم الأخذ بإقرارهم أنهم غير مكلفين في الحالة التي هم عليها. وتقدّم في الأبواب السابقة الدليل على عدم تكليفهم.

وكذا لا يصحّ إقرار المراهق، والدليل: القياس على الصبي؛ لأنّه غير مكلّف فلم يصحّ إقراره كالصبي[3].

2 ـ عدم الحجر. أي: في المعاملات؛ فلا يؤخذ بإقرار سفيه حجر عليه، وكذا السكران في المعاملات فإنه محجور عليه فيها. ودخل السفيه المهمل على قول مالك والسكران في غير المال. أما على قول ابن القاسم فالسفيه المهمل والمحجور عليه سواء في عدم المؤاخذة بالإقرار في المعاملات.

ويصح إقرار الزوجة في غير المال؛ وفي المال لغير متّهم عليه ولو زاد على ثلثها؛ وفي ثلثها إن اتهمت.

3 ـ عدم الاتهام. أي: في الإقرار للوارث في مرض الوفاة. فلا يؤخذ بإقرار المريض ـ مرض الوفاة ـ فيما يتهم عليه كابنه البار وزوجته التي يميل إليها. وأما إقراره لغير متهم عليه فيصحّ ولو بأزيد من الثلث. وعلّة عدم الأخذ بإقراره في مثل الابن البار ونحوه التهمة بإرادته نفع من يحبّ وتفضيله حيث لا يجوز له الوصية له، وحجب غيره من الورثة بذلك عن حقّهم من الميراث. والدليل[4]:

---

(1) العسيف: الأجير.

(2) أخرجه مالك في الحدود، باب ما جاء في الرجم؛ والبخاري في الأيمان والنذور، باب كيف كانت يمين النبي ﷺ؛ ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

(3) الإشراف: 2/ 612، والذخيرة: 9/ 258.

(4) الإشراف: 2/ 619، والمعونة: 2/ 1256، والذخيرة: 9/ 258.

أ ـ القياس على الشهادة أنّها لا تعتبر للقريب من أجل التهمة.

ب ـ سدّ الذريعة إلى الممنوع، وهو الوصية للوارث وحرمان المستحقّ من الورثة، فلو أخذ بإقرار المريض لمن يتهم به لأدّى إلى هذا الممنوع.

ووجه قبول إقراره فيما لا يتهم عليه ارتفاع التهمة بالمحاباة وإرادة نفع المحبّ وحرمان الورثة، والدليل[1]:

أ ـ القياس على الإقرار للأجنبي؛ لأنّه مكلّف أقرّ بما لا يتّهم عليه فقبل إقراره له كالإقرار للأجنبي.

ب ـ القياس على الإقرار له في حال الصحّة؛ لأنّه مكلّف أقرّ بما لا يتّهم عليه فقبل إقراره له في المرض كالإقرار له في حال الصحّة.

ج ـ أنّ الناس قد يكون بينهم وبين أقاربهم وورثتهم معاملات ومداينات كما يكون بين الأجانب، ولا يمكنهم فيها إقامة البيّنة للمشقّة، فلو قلنا إنّ الإقرار لهم في المرض لا يقبل لاشتدّ على الناس طريق التخلّص من المظالم إلّا بقطع معاملة الأقارب جملة أو بالإشهاد في كلّ وقت، وكلّ ذلك موضوع لما يلحقهم فيه من المشقّة. ولا يلزم على هذا أن يقال إنّ في ذلك تطرّقاً إلى الوصية للوارث؛ لأنّ هناك ما يحسم معه هذا الباب وهو التهمة، فكلّما قويت منعت الإقرار.

فالمعتبر في إقرار المريض مرض الموت للوارث قوّة التهمة وضعفها؛ فما ضعفت التهمة فيه أخذ بإقراره، وما ظهر وقويت التهمة ردّ إقراره. وعلى هذا يحمل ما ذكر في المذهب من اختلاف فقهائه في مسائل من الإقرار بين من يأخذ به فيها وبين من يردّه. ومنشأ الخلاف راجع إلى الالتفات إلى شهادة العوائد بالتهمة وحصولها في الإقرار، وشهادة العوائد بارتفاعها. فكان من أمضى الإقرار اعتقد ارتفاع التهمة، ومن منعه اعتقد حصولها ووقوعها[2]. وسيأتي أمثلة من ذلك في عنوان «ما يؤخذ به المريض ـ مرض وفاة ـ في إقراره».

ولا يؤخذ بإقرار الصحيح المفلس لأحد بالنسبة لما فلس فيه، حيث كان الدين الذي فلس فيه ثابتاً بالبينة؛ لأنه يتهم على ضياع مال الغرماء. أما المال المتجدد له في المستقبل فيصحّ إقراره به لتعلق الإقرار بذمته.

ما يؤخذ به المريض ـ مرض وفاة ـ في إقراره:

يؤخذ بإقرار المَرِيض ـ مرض وفاة ـ فيما يلي:

* إذا أقر لصديق مُلَاطِفٍ. ووجه قبول الإقرار للصديق الملاطف، أنّه ليس في

---

(1) الإشراف: 2/ 618، والمعونة: 1256. (2) شرح التلقين: مجلد 2/ ورقة 68.

ذلك أكثر من أن يكون هبة ووصية[1].

* إذا أقرّ لقريبٍ لا يَرْث كَخَالٍ.

* إذا أقرّ لمجهولٍ حَالُهُ، هل هو قريب أو ملاطف أو لا، فيصحّ إقراره لمن ذكر، إنْ وَرِثَهُ وَلَدٌ ذكر أو أنثى.

* إذا أقر لأبْعَدَ كعم، مَعَ وجود أقْرَب كولد أو أب أو أخ فيلزم الإقرار. وأما الإقرار لأجنبي غير ملاطف فيصح مطلقاً، كإقرار الصحيح.

* إذا أقر لزَوْجَة له عُلِمَ بُغْضُهُ لَهَا، فيؤاخذ به، وإن لم يرثه ولد، أو انفردت بالصغير على المعتمد؛ لأنّ بغضه لها يرفع عنه تهمة محاباتها. ومثله زوجة مريضة أقرت لمن علم بغضها له، وأما الصحيح فيصح مطلقاً.

ومن فروع إقرار الزوج أن يشهد أنّ جميع ما تحت يدها ملك لها.

* إذا أقر لزوجة جُهِلَ بغضه لها فلم يعلم، وَوَرِثَهُ ابْنٌ منها أو من غيرها، انفرد الابن أو تعدد فيصح إقراره لها؛ إلا أنْ تَنْفَرِدَ من جهل حاله معها بالصَّغير من أولاده ذكر أو أنثى، فإن انفردت به فلا يصحّ إقراره لها لقوة التهمة، وسواء كان هناك ولد كبير منها أو من غيرها أم لا.

وفي إقرار المريض لمن جهل حاله معها، مَعَ بَنَاتٍ كبار له منها أو من غيرها أو صغار من غيره، وَمع عَصَبَتِهِ كأب وأخ، قولان: بالصحة، نظراً إلى أنها أبعد من البنت؛ وبعدم الصحة نظراً إلى أنها أقرب من العاصب؛ والموضوع أنّها لم تنفرد بصغير، وإلا منع قطعاً.

وأمّا إذا أقرّ الرجل في مرضه بدين لزوجته، وله منها ولد، وعرف بالميل إليها وإبعاده لولده، فإنّ إقراره يردّ؛ لأنّ في طباع البشر ومقتضى الجبلّات الميل إلى الأبناء أكثر من الميل إلى الزوجات، فهذا استدلال بالعوائد إلّا أن يثبت الحال ما يناقض هذا الاستدلال من كونه عرف منه ضدّ مقتضى العادات في الزوجة والولد[2].

وكذا يوجد قولان بالصحة وعدمها، في إقْرَارِ المريض لولد عاق، مع وجود ولد بَار؛ هل يصح للعاق نظراً لعقوقه لأنّ عقوقه يرفع التهمة، فكأنه أبعد من أخيه البار، أو لا يصحّ نظراً لمساواته لأخيه في الولدية.

وكذا يوجد قولان بالصحة وعدمها، في إقراره لِوَارِثٍ له كأخت، مَعَ وجود وارث أقْرَبَ من المقرّ له كأمّ، وأبْعَدَ منه كعم؛ فهل يصح للأخت مثلاً نظراً لأنها أبعد من الأم، أو لا يصح نظراً لبعد العم.

---

(1) المعونة: 2/ 1256.

(2) شرح التلقين: مجلد 2/ ورقة 68.

ولا يصحّ إقرار للمُسَاوِي مع وجود مساويه؛ كولدين أو أخوين أو عمين؛ فأوْلى أقرب مع أبعد لظهور التهمة.

الركن الثاني: المقرّ له:

ويشترط في المقرّ له شرطان:

1 ـ أن يكون المقرّ له أهْلاً؛ أي: قابلاً للإقرار له ولو باعتبار المآل كحمْل، أو باعتبار الحال كمسجد وحبس، يقرّ المرء على نفسه بمال له يصرف في إصلاحه وبقاء عينه، كأن يقول ناظر على مسجد أو حبس: ترتب في ذمتي مثلاً للمسجد أو للحبس كذا. وخرج بهذا الشرط غير الأهل كالدابة والحجر.

فـ«الحمل» مثال لما يقبل الملك باعتبار المآل، كما إذا قال: إن لهذا الحمل عندي الشيء الفلاني من ميراث أبيه مثلاً، فالحمل قابل لملك ذلك باعتبار المآل.

و«المسجد والحبس» مثال للقابل في الحال؛ لأن المسجد قابل لملك المقرّ به باعتبار ما يتعلق به من الإصلاح، والحبس قابل لملك المقرّ به من حيث أخذ المستحقين له.

وأما الإقرار لدابة أو حجر فلا يؤخذ به، بل هو باطل؛ إلا أن يكون إقراره للحجر من أجل وضعه في مثل السبيل، أو للدابة من حيث علفها في جهاد، وحينئذ يرجع للحبس.

2 ـ أن لا يُكَذِّب من هو أهل للإقرار له المقرّ في إقراره. بأن قال للمقرّ: ليس لي عليك شيء، وكذا إذا قال: لا علم لي واستمر التكذيب فلا يؤاخذ بإقرار المقرّ؛ لأنّ تكذيب المقرّ له اعتراف بسقوط حقّه[1].

وإنما يعتبر التكذيب من بالغ رشيد. وأما الصبي والسفيه فلا يعتبر تكذيبهما ما لم يرشدا ويستمرّا على التكذيب.

وأما إن رجع المقرّ له إلى تصديق المقرّ فيصحّ الإقرار ويلزم، ما لم يرجع المقرّ، فإن رجع المقرّ في الأولى عقب تصديق المقرّ له، فهل يلزم إقراره أو يبطل؟ قولان. وأما إنكار المقرّ عقب تصديق المقرّ له في الثانية فالإقرار صحيح ولا عبرة بإنكار المقرّ بعد ذلك باتفاق.

الركن الثالث: المقرّ به:

وهو المال أو غيره كالجنايات. ولا يشترط أن يكون المقرّ به معلوماً، بل يصحّ في المجهول والمبهم. ويرجع في تفسيره إلى المقرّ. والفرق بينه وبين الدعوى

---

(1) الذخيرة: 9/ 268.

بالمجهول أنّها لا تصحّ: أنّ المدّعي له داعية تدعوه إلى تحرير دعواه بخلاف المقرّ، فلو لم يقبل منه ضاع الحقّ[1].

تفسير المبهم في الإقرار:

إذا قال المقرّ: له عليّ ألف ودرهم ـ مثلاً ـ؛ فيقبل منه تَفْسِيرُ الألْفِ بأيّ شيء يذكره. وللمدّعي تحليفه على ما فسّر به الألف إن اتهمه أو خالفه. ولا يكون عطف الدرهم على الألف معيّناً للألف لكونها من الدراهم، بل له أن يفسّر الألف بالدواب أو الدنانير مثلاً.

وإذا قال: له عليّ شيء، أو: له علي كذا؛ فيقبل منه تفسير الشَّيء وتفسير كَذَا.

ويسجن للتفسير إن امتنع منه.

وإذا قال المقرّ: له من هذه الدار أو هذه الأرض شيء أو حق؛ فلا يقبل تفسيره الشيء والحق بجِذْع أو باب. وكذا لو قال: «في» بدل «من» عَلَى الأصَحّ عند الشيخ خليل؛ إذ لا فرق بين الحرفين، وهو قول سحنون. فلا بد من التفسير بشيء منها كربعها أو قيراط منها. وقال ابن عبد الحكم: يقبل تفسيره بالجذع والباب في قوله: «في» دون «من» لأن «من» للتبعيض و«في» للظرفية.

وإذا قال المقرّ: له عندي أو في ذمتي مال؛ لَزِمَه نصاب زكاة من مال المقرّ، من ذهب أو ورق أو غنم أو بقر أو إبل. ووجه مراعاة النصاب أنّه لمّا لم يصرّح بالمقدار، وكان لنا سبيل إلى تقديره وجب تقديره. وقد وجدنا المقادير تعلم من ثلاثة أوجه: إمّا لغة، أو شرعاً، أو عادة، وقد انتفت من طريق اللغة والعادة، وثبتت من طريق الشرع منها نصاب الزكاة، ومنها مقدار المهور، ومنها مقدار ما يقطع به السارق. وقد أخذ بتقدير نصاب الزكاة؛ لأنّ اسم المال لمّا كان لا يكفي فيه الجنس أي: جنس المال، ووجدت العادة تمنع إطلاق اسم المال على ثلاثة دراهم أو ربع دينار ـ أي: مقدار المهر والقطع ـ لأنّه لا يقال في اللغة: فلان من أرباب المال، لمن يملك درهماً أو ديناراً، وإنّما لمن له زيادة بيّنة على ذلك، فكان أولى المقادير من جهة الشرع نصاب الزكاة، لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: 103]، والصدقة إنّما تؤخذ من المال إذا بلغ النصاب[2].

وقيل: يقدّر بما يقدر به المهر والقطع؛ لأنّه إذا ثبت التقدير بالشرع، وكان المال اسم لمقدار من الكثرة يزيد على القليل النزر، كان أقلّ تقدير يمكن حمله عليه في الشرع ما قدّر به المهر والقطع؛ لأنّه المتيقّن وأوّل ما يتناوله اسم المال، من باب

---

(1) الذخيرة: 9/ 268.

(2) الإشراف: 2/ 612، والمعونة: 2/ 1246، والذخيرة: 9/ 288.

الأخذ بأوائل الأسماء، لقوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: 24] أي: الصداق وقد قدّره النبي ﷺ بربع دينار[1].

وقيل: يقبل تفسيره كالشيء ولو بدرهم أو أقل. ووجه ذلك أنّ لفظ المال مجمل، فإذا لم يكن له تقدير في عرف اللغة والعادة والشرع رجع في تفسيره إليه، قياساً على قوله: له عندي شيء[2].

وإذا قال: له في ذمتي بضع لزمه ثَلاثَةٌ. وفي قوله: «بضعة عشر لزمه» ثلاثة عشر.

وإذا قال: له علي دراهم؛ لزمه ثَلاثَةٌ؛ لأنّ أقلّ الجمع في اللغة عند الإمام مالك ثلاثة، والدليل على أنّ الثلاثة وليس الاثنان أقلّ الجمع أنّ أهل العربية قسموا الكلام إلى آحاد وتثنية وجمع، وجعلوا لكلّ قسم من ذلك صيغة وعادة موضوعة له تفيد معناه دون غيره، وأن لا يحكم لأحدهما بما يحكم للآخر إلّا مجازاً، فكما لا يجوز أن يقال إنّ الآحاد معقول من إطلاق لفظ الجمع كذلك في التثنية؛ لأنّ في ذلك إبطال التقسيم[3].

وفي قوله: «له عندي دَرَاهِمُ كَثِيرة لزمه أربعة»؛ لأنّها أوّل مبادئ الكثرة بعد مطلق الجمع.

وفي قوله: «لا كَثِيرة وَلا قَلِيلَة، لزمه أَرْبَعَة».

ولزمه في قوله: «له عندي دِرْهم»: الدرهم المُتَعَارَفُ بينهم، ولو نحاساً كما في عرف مصر - في عصر الشيخ الدردير - وإلّا يكن بينهم درهم متعارف فيلزمه الدرهم الشرعي، لكنّه إنّما يظهر إذا كان لهم معرفة بالشرعي، وإلا فالواجب ما فسّر به المقرّ مع يمينه. ويقبل منه الدرهم المغشوش والناقصُ، إنْ وَصَلَ ذلك بإقراره بأن قال: له عليّ درهم مغشوش أو ناقص. فإن سكت ثم قال ذلك لم يقبل، ولزمه درهم خالص كامل ولا يضرّ الفصل بسعال أو عطاس، بخلاف إلقاء السلام أو رده.

ولزمه الأَلْفُ في قوله: له عليّ ألف مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ ونَحْوِه من كلّ ما لا يصحّ بيعه لنجاسته أو غيره؛ لأن قوله: من ثمن خمر، من باب رفع الواقع، فيعدّ ندماً فلا يعتبر. بخلاف قوله: اشتريت منه خمراً بألف كما تقدم.

ولزمه الألف في دَعْوَى أنّ الألف الذي عليه مِنْ رِبا، وقال المدّعي: بل من بيع أو قرض، وأقامَ المقرّ بَيّنَة تشهد له بأنَّ المقرّ له رَابَاهُ بِأَلْفٍ؛ فيلزمه ولا تنفعه بيّنته، لاحتمال أنّه راباه في غير ما أقرّ به، إلّا أنْ يُقِيمَهَا عَلَى إقْرَارِ المُدّعي، وهو المقرّ له أنه لَمْ يُعَامِلْهُ إلّا بالربَا، فَيلزمه رَأس المَال لا ما زاد عليه.

---

(1) الإشراف: 2/ 612، والمعونة: 2/ 1246، والذخيرة: 9/ 289.

(2) الإشراف: 2/ 612، والمعونة: 2/ 1246. (3) الإشراف: 2/ 615، والمعونة: 2/ 1248.

الركن الرابع: الصيغة:

تكون الصيغة بما هو مفهوم من الألفاظ لغة وعرفاً أنّه إقرار، كقوله:

ـ عَلَيَّ كذا.

ـ أو قال له إنسان: عليك لي كذا، فقال: عليّ، وفي ذِمَّتِي له كذا، وعِنْدِي، وأَخَذت مِنْكَ كذا، وأَعْطَيْتَنِي كَذا.

ـ أو قال لمن قال: أعطني حقّي ونحوه: اصبر عليّ به؛ فإنّه إقرار.

ـ أو قال لمن ادعى عليه بشيء: أنت وَهَبْتَهُ لِي، أو بِعْتَهُ لي، فإقرار. وعليه إثبات الهبة أو البيع، فإن لم يثبت حلف أنّه ما باعه ولا وهبه له واستحقه، وقيل: لا يحلف في الهبة.

ـ أَوْ قال لمن طالبه بشيء: وَفيتهُ لَكَ، فإقرار وعليه بيان الوفاء؛ أَوْ قال له: لَيْسَتْ لِي على الوفاء مَيْسرَة، فإنه مثل قوله: اصبر علي به؛ أو قال: نَعَمْ، أو: بَلَى، أو: أَجَلْ، جَوَاباً في الثلاثة لقوله: أَليْسَ لِي عِنْدَكَ كَذَا.

وكذلك كلّ ما دلّ بوضع أو عرف أو قرينة ظاهرة. فمثال الوضع قوله: إيوه. ومثال العرف قوله: حاضر، أو على رأسي. ومثال القرينة الظاهرة: جزاك الله عنّا في صبرك علينا.

ما لا يثبت الإقرار به:

لا يثبت الإقرار بما يلي:

ـ السكوت. إذا قال له: لي عليك مائة، فسكت.

ـ قوله: «أُقِرُّ»؛ لأنه وعد بالإقرار.

ـ قوله: «لا أقرّ به».

ـ قوله: «أخرني سنة وأنا أقرّ»، فلا يعدّ إقراراً.

ـ قوله: «عليّ أو على فلان»؛ لأنّه تهكّم أو استفهام.

ـ قوله: «مِنْ أي ضَرْب تأْخُذُهَا؟ ما أَبْعَدَكَ مِنْهَا»؛ لأنه ظاهر في التهكم، فلو حذف ما أبعدك منها فلا يكون إقراراً أيضاً، لكنه يحلف أنه لم يرد الإقرار، قاله ابن عبد السلام. ووجه الحلف أنه غير ظاهر في التهكم.

ـ بتعليق إقراره على شرط كقوله: له عَلَيَّ ألفٌ إنْ اسْتَحَلَّهَا فليس بإقرار. أَوْ إن أَعَارَنِي كذا فلا يلزمه شيء.

ـ قوله: «له عليّ ألف إنْ حَلَفَ فحلف»، فلا يلزمه لأنّ له أن يقول: ظننت أنّه لا يحلف باطلاً، وهذا إذا كان في غَيْرِ دَعْوَى عند حاكم أو محكّم وإلا لزمه.

ـ قوله: «له عليّ كذا إنْ شَهِدَ فُلانٌ»، فلا يكون إقراراً، لكنّه إن شهد وكان عدلاً عمل بشهادته، فلا بدّ من ثانٍ أوْ يمين.

ـ قوله: «له على كذا إنْ شَاءَ فلان»، فلا يلزمه شيء.

ـ قوله: «اشتَرَيْتُ منه خَمْرَاً بألْف»، فلا يلزمه لأنه لم يقرّ بشي يلزمه في ذمته.

ـ قوله: «اشتريت منه حصاناً بكذا لم أقْبِضْهُ منه»، لم يلزمه شيء؛ لأنّ الشراء لا يوجب عمارة الذمة إلا بالقبض، واستشكله الشيخ خليل في التوضيح: بأنّ مجرّد العقد الصحيح يوجب الضمان على المشتري. وأجابوا: بحمله على حصان غائب بيع على الصفة؛ أي: فلا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض وفيه بعد؛ لأن عبارتهم مطلقة. وأجاب بعض: بأنه لما كان المشتري يجبر على تسليم الثمن أولاً عند التنازع فيمن يبدأ بالتسليم، اقتضى أن يقبل قوله في عدم القبض؛ لأنه يقول: حقّ البائع أن يمتنع من تسليم المبيع لي حتى يقبض الثمن مني، وأما لو قال له: عليّ، أوْ: في ذمتي كذا من ثمن حصان ولم أقبضه فإنه يلزمه الإقرار. ولو قال: له عليّ ألف من ثمن خمر مما لا يصح بيعه، وقال المدعي: بل من ثمن حصان مثلاً فيلزمه الإقرار أيضاً؛ لأنه قد أقر بعمارة ذمته، ويعدّ قوله: «من خمر» ندماً لا ينفعه.

ـ قوله: «لمن ادّعى عليه بأنّه أقرّ له بكذا ليأخذه منه: أقْرَرْتُ بِهِ لك وأنَا صَبِيٌّ، أو وأنا مُبَرْسَمٌ»، والبرسام: نوع من الجنون، فلا يلزمه شيء إنْ عُلِمَ تَقَدُّمُ البرسام لَهُ. وعلى المدعي إثبات أنه أقر له بعد البلوغ أوْ حال عقله.

ـ إذا أَقَرَّ لمن طلب منه شيئاً إعارة أوْ شراء اعتِذَاراً: بأنه لابني أو لزوجتي أو لفلان، ليتخلص من إعطائه للطالب، إذا كان مثله يعتذر له، ككونه ذا وجاهة أو صاحب ولاية، وإلا لزمه.

ـ إذا أقرّ شُكْراً، كما لو قال: أقرضني فلان مائة جزاه الله خيراً، وقضيته له. ووجه عدم ثبوت الإقرار بذلك انّه لم يورد ذلك على وجه الإقرار، وإنّما أورده على وجه الشكر أو غير ذلك، ولفظ الإقرار مفتقر في كونه إقراراً إلى القصد لذلك. وهذا استحسان لاتفاقه مع العرف. وأمّا القياس فيقتضي أنّ يثبت به؛ لأنّه اعتراف بأنّ الرجل دفع إليه مالاً على وجه القرض، ومدّع للبراءة منه، فلا يقبل منه إلّا ببيّنة قياساً على الإقرار المبتدأ عند دعوى الخصم[1].

ـ إذا أقرّ ذمّاً، كما لو قال: أقرضني فلان كذا، ثم ضايقني حتى قضيته لا جزاه الله خيراً.

---

(1) المعونة: 2/ 1259.

التنازع في الحلول والتأجيل:

إذا ادعى بائع على المشتري بمال حلّ من بيع، فأجاب بالاعتراف وأنه مؤجل؛ فإن كان العرف والعادة جارية بالتأجيل له، كان القول قول المقرّ بيمين. وإن كانت العادة عدم التأجيل أصلاً كان القول قول المقرّ له بيمين. وإن لم يكن عرف بشيء فإن ادعى المقر أجلاً قريباً يشبه أن تباع السلعة له، كان القول قول المقرّ بيمين، وإن ادعى أجلاً بعيداً لا يشبه التأجيل له عادة، كان القول قول المقرّ له بيمين. وهذا إن فاتت السلعة، فإن كانت قائمة تحالف وتفاسخا، ولا ينظر لشبه ولا لعدمه.

وأما في القَرْض فالقول فيه للمقرض أنه على الحلول بيمينه، حصل فوت أوْ لا حيث لا يوجد شرط ولا عرف، وإلا عمل به. وذلك لأن الأصل في القرض الحلول أي: بعد مدة الانتفاع به فلا بد منها.

الاستثناء في الإقرار:

يفيد الاستِثْنَاءُ في الإقرار؛ فإذا قال: له ألف إلا مائة، لزمه تسعمائة. وإذا قال: علي عشرة إلا ثمانية، لزمه اثنان.

ويصحّ هنا الاستثناء المعنوي نحو قوله: لهُ الدَّارُ والبَيْتُ لي. أو له الخَاتِمُ وَفصّهُ لِي. وذلك إنْ وَصَل ذلك بإقراره، لا إن لم يصله كما تقدم.

التعدّد في الإقرار الموثّق وغير الموثّق:

إذا أشْهَدَ في وثيقة بمائةٍ، وفي أُخرَى بمائةٍ، لزمه المِائَتَانِ؛ لأنّ الوثائق أموال عند ابن القاسم وأصبغ، فإذا كتب الوثيقتين وأشهد على ما فيهما، ولم يبين السبب أو بينه فيهما، وكان متحداً؛ فالمعتمد أنه يلزمه ما في الوثيقتين، سوا اتحد القدر أو اختلف.

وهذا بخلاف الإقرار المجرّد عن الكتابة فهو مال واحد على التحقيق؛ كما إذا أقر عند جماعة بأن عليه لفلان مائة ثم أقر عند آخرين بأنّ لفلان عليه مائة، فمائة فقط؛ وهذا إذا لم يذكر اختلاف السبب واتفقا قدراً وصفة، وإلا فتلزمه المائتان، نحو: له علي مائة من بيع، ثم قال: له علي مائة من قرض، وهذا مثال لاختلاف السبب؛ أو قال: مائة محمدية، ثم قال: مائة يزيدية، وهذا مثال لاختلاف الصفة؛ وأما مثال اختلاف القدر كما إذا قال: مائة، وفي مجلس آخر قال: مائتان، فإنه يلزمه الأكثر.

الإبراء:

إذا أَبْرَأَ إنسان شَخْصَاً مِمّا له قِبَلَهُ، أو أبراه مِنْ كُلّ حَقٍّ له عليه، أو أبْرَأَهُ وأطلق؛ فإنه يبرأ مُطْلَقَاً ممّا في الذّمّة وغيرها، معلوماً أو مجهولاً، حَتَّى مِنَ السَّرِقَةِ ومن حَدّ القَذْفِ، إن كان سرق منه شيئاً أو قذفه ولم يبلغ الإمام. وأما قطع اليد فلا يبرأ منه لأنه

حق. وحينئذٍ فلَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُ عليه بشَيءٍ، وإن كان حقًّا مكتوباً بِصَكّ أي: وثيقة، إلّا ببينَة تشهد أنَّ الحق المدعى به وقع بعد الإبراء، فله القيام حينئذٍ به.

وإنْ أبَرْاهُ مِما مَعَهُ، بَرِئَ من الأَمَانَةِ التي عنده كالوديعة والقراض، لا من الدَّيْنِ الذي في ذمته.

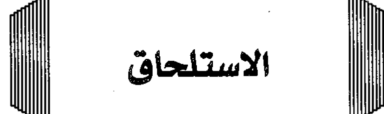
وإن أبرأه مِمَّا في ذِمَّتِهِ فالعَكْسُ؛ أي: فيبرأ من الدين لا الأمانة؛ لأن الأمانة ليست في الذمة.

وإن أبرأه مما عنده برئ منهما عند المازري، ومن الأمانة فقط عند ابن رشد. وهذا ظاهر إذا كان عليه دين وعنده أمانة، وأما إذا لم يكن عنده إلا أحدهما برئ منه.

ويعمل بالعُرْفِ وقُوَّةِ القَرَائن، فإذا كان العرف مساواة «مع» لـ «عليّ» و«عندي» برئ مطلقاً. كما لو قامت القرائن على شيء من تخصيص أو إطلاق فإنه يعمل بها.

ولا يجوز للوصي أن يبرئ الناس من حق المحجور البراءة العامة، وإنما يبرئ عنه في المعينات. وكذلك المحجور بقرب رشده لا يبرئ وصيه إلّا من المعينات، ولا تنفعه البراءة العامة حتى يطول رشده، كستة أشهر فأكثر. وكذلك لا يبرئ القاضي الناظر في الأحباس المباراة العامة، وإنما يبرئه من المعيّنات، وإبراؤه عموماً جهل من القضاة. والله أعلم.





الاستلحاق

لما كان الاستلحاق إقراراً بنسب، ذكر عقب الإقرار، وإن خالفه في بعض الصور.

تعريف الاستلحاق لغة:

الاستلحاق في اللغة طلب لحوق شيء.

تعريف الاستلحاق عرفاً:

الاستلحاق إقرار ذكر مكلّف أنّه أب لمجهول نسبه، إن لم يكذّبه العقل لصغره أو العادة.

ومن خلال هذا التعريف، فإن الاستلحاق ادعاء وإخبار بقول يحتاج لدليل، فهو مقابل للمعنى اللغوي؛ ولذلك رأى البعض أنّه يرد عليه هذا الإشكال. لكن أجيب عن ذلك بأن لا مانع من أن يغلب في عرف الفقهاء في استعمال اللفظ معنى غير المعنى اللغوي.

شروط صحّة الاستلحاق:

1 ـ أن يكون الاستلحاق من ذكَرٍ لا من أنثى فلا استلحاق لأم؛ لأنّ الولد ينسب إلى أبيه لا إلى أمّه.

2 ـ أن يكون الاستلحاق من الأب، فلا يصحّ الاستلحاق إلّا من الأب، ولا يصحّ من الجدّ على المشهور. وقال أشهب: يستلحق الجدّ، وتأوّله ابن رشد على ما إذا قال: أبو هذا ولدي، لا إن قال: هذا ابن ولدي، فلا يصدّق.

3 ـ أن يكون الاستلحاق من مُكَلَّفٍ ولو سفيهاً، فيخرج المجنون والمكره والصبي.

4 ـ أن يكون الاستلحاق لولد مجهول النسب، بأن يقرّ المقرّ أنَّهُ أب لمَجْهُول نَسَبُهُ، ولو كذبته أمّه.

ولا يشترط أن يعلم تقدّم نكاح الأب المقرّ لأمّ الولد المستلحق، على المشهور. ووجه هذا القول أنّ الأنساب موضوعة على الاستلحاق، وأكثرها لا يثبت إلّا بإقرار الأب بأنّ المولود ولده، فإذا لم يكن ثمّ سبب مانع لحق الولد بمن استلحقه[1]. وقد

(1) المنتقى: 6/ 5.

روعي الاكتفاء في هذا الباب بالإمكان فقط؛ أي: إمكان كون المرأة تزوجها المستلحق، لتشوّف الشارع للحوق النسب ما لم يقم دليل على كذب المقرّ.

وقال سحنون: يشترط ذلك، ونقل أنه قول لابن القاسم. ووجه هذا القول أنّ النسب إنما يؤثر فيه الاستلحاق إذا كان ثمّ سبب معروف وهو النكاح، فإذا لم يكن ثمّ سبب يقوّي الدعوى، وهو النكاح، وجب أن تبطل؛ لأنّه لو ثبت النسب بمجرّد الدعوى لكثر الادعاء في ذلك، وفسدت الأنساب[1].

وسواء اشترط العلم بالنكاح أو احتمل، فالشرط في إقرار الزوج أنّ الولد ولده أن يكون أقرّ أنّه تزوجها وأنجب الولد منها؛ لأنّ الشرع شرط للحوق الولد بأبيه أن يكون الولد من نكاح متقدم لا من زنا، كما سيأتي عند ذكر الدليل.

ومعنى مجهول النسب؛ أي: مجهول الانتساب لأب معيّن.

وإذا أقرّ الرجل أن مجهول النسب ابنه لحق به.

ويستثنى من مجهول النسب اللقيط، فإنّه لا يصحّ استلحاقه إلّا ببيّنة أو بوجه، كما يأتي في اللقطة.

ويخرج بهذا الشرط غير مجهول النسب، وهو اثنان:

الأول: معلوم النسب.

الثاني: مقطوع النسب، وهو ولد الزنا المعلوم أنّه من زنى؛ لأنّ الشرع قطع نسبه.

فلا يصحّ استلحاقهما. ويحدّ من ادعى أنه أبوه حد القذف، إلا أن يقرّ بالزنا، ففيه حدّ الزنا أيضاً. والدليل على أنّ ولد الزنا المعلوم لا يصحّ استلحاقه ولا يجوز:

أ ـ عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أنّ ابن وليدة زمعة منّي فاقبضه إليك. قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد، وقال: ابن أخي قد كان عهد إلي فيه؛ فقام إليه عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه؛ فتساوقا إلى رسول الله ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه؛ وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه؛ فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة»، ثم قال رسول الله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ثم قال لسودة بنت زمعة: «احتجبي منه»، لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص؛ قالت: فما رآها حتى لقي الله ﷻ[2].

---

(1) المنتقى: 6/ 5.

(2) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه؛ والبخاري في البيوع، باب تفسير المشبهات؛ ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش.

والحديث يدل على قطع نسب ولد الزنا من عدّة أوجه، وهي:

الوجه الأول: أنّ وصية عتبة بن أبي وقاص لأخيه سعد بأن يقبض ابن وليدة زمعة، كان على حسب ما كان يفعله أهل الجاهلية من إلحاق ولد الزنا من الحرّة أو الأمة بالزاني أو بزوج الزانية وهو يعلم أنّه ليس منه؛ وقد أشارت عائشة ﵂ إلى ذلك في حديثها عن أنواع النكاح في الجاهلية، وأنّ منها ثلاثة أنواع وهي التي أبطلها الإسلام لأنّها زنا، وما كان يقع فيها من إلحاق الولد بالزاني أو بزوج الزانية؛ فعنها ﵂ أنّها قالت: «إن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء؛ فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها، ثم ينكحها؛ ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسّها أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع؛ ونكاح آخر يجتمع الرهط ما دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت ومر عليها ليال بعد أن تضع حملها، أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم: قد عرفتم الذي كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان، تسمي من أحبت باسمه، فيلحق به ولدها لا يستطيع أن يمتنع به الرجل؛ ونكاح الرابع يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممن جاءها، وهن البغايا كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علماً، فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا لهم القافة، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون، فالتاط به ودعي ابنه لا يمتنع من ذلك؛ فلما بعث محمد ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية كلّه إلا نكاح الناس اليوم»[1]. والحديث نص في إبطال فعل الجاهلية من إلحاق ولد الزنا بالزاني أو بزوج الزانية وهو يعلم أنّه ولد زنا. وههنا قد أوصى عتبة أخاه سعداً بقبض ابن وليدة زمعة؛ لأنّه استلحقه بما كان منه في الجاهلية من أحد أنواع الزنا الثلاثة التي أبطلها الإسلام. وقد قضى النبي ﷺ بعدم إلحاقه به. وأمّا إلحاقه بزمعة، فقد اختلف فيه:

* فقيل إنّه ألحقه به، بناء على ما ادعاه عبد من أنّ الوليدة كانت فراشاً لأبيه، ويؤيّد ذلك أنّه يمكن أن يكون النبي ﷺ كان يعلم ذلك؛ لأنّ زمعة والد زوجته سودة، فلا يخفى عليه أمره مع وليدته. وقد ردّ هذا التأويل بأنّه لا يتفق مع قواعد الإمام مالك؛ لأنّه لا يقضي القاضي عنده بعلمه، والنبي ﷺ في هذه الواقعة قاضٍ يفصل في خصومة بين شخصين.

* أنّه لم يلحقه بزمعة بسبب دعوى ابنه عبد، وإن كانت الوليدة أمة له، وهو قد

(1) البخاري في النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي.

مات كافراً، وإنما قال لعبد: «هو لك يا عبد بن زمعة»، وعبد ادّعى شيئين: الأخوة، وولادة الفراش، فأقرّ لعبد بأخوته على ما ادعاه، ولم يقض له بإلحاقه بزمعة؛ لأنّ الأصل أن لا يثبت نسب إلّا بشاهدي عدل، فلا يلحق بالرجل ولد بدعوى غيره ولا يلزمه ذلك، كأن يدّعي أحد أنّ هذا الولد ابن أبيه أو ابن ابنه أو ابن أخيه[1].

* أنّه لم يقرّ له بأخوته أيضاً، فقد عدل عن الأخوة ولم يتعرض لها، كما أعرض عن النسب ولم يصرّح به، وإنّما قال: «هو لك يا عبد بن زمعة» معناه فأنت أعلم به، ولذلك نهى النبي ﷺ زوجته سودة رضي الله عنها بالاحتجاب منه[2].

الوجه الثاني: أنّ قوله ﷺ: «الولد للفراش»، نصّ في إلحاق الولد بالفراش، والمراد بالفراش ما يفترش، وذلك أنّ الوطء غالباً إنّما يكون على شيء يفترش؛ لأنّ الزوجة إذا وطئها زوجها فقد اتخذ لها فراشاً؛ أو أنّ المراد بالفراش الحالة التي يكون فيها الافتراش أي التأتي في الوطء، فينسب الولد إليها؛ أو أنّ المراد بالفراش الزوجة؛ لأنّ الزوج يفترشها؛ وفي هذه المعاني يقدّر حذف مضاف أي: صاحب الفراش، ويؤيده ما روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «الولد لصاحب الفراش»[3]. وإذا كان المعنى أحدها، فالمرأة[4] لا يكون لها فراش أو لا تكون فراشاً لزوجها، أو لا تقع حالة الافتراش ليتأتى الوطء، إلّا بعقد النكاح، لإفادة الجملة القصر، أي: قصر إضافة الولد لصاحب لفراش دون سواه، فإذا انعدم العقد انعدم الفراش، فلم يلحق الولد بأحد، ويلحق بأمّه[5]. وقيل: إنّ معنى الفراش الزوج، وضعفه الباجي وقال: ذلك غير معروف لغة.

الوجه الثالث: أنّ العاهر في قوله ﷺ: «للعاهر الحجر» معناه الزاني، والعَهْر: الزنا، وقد عهر الرجل إلى المرأة يعهر إذا أتاها للفجور؛ وقد عهرت المرأة وتعهرت إذا زنت. وقد جعل النبي ﷺ للزاني استحقاق الحجر على معنى الكناية على الذمّ بأنّ له الخيبة، فلا حظّ له في الولد؛ لأنّ العرب تجعل هذا مثلاً في الخيبة، كما يقال: له التراب، إذا أرادوا الخيبة؛ أو على معنى أنّه يرجم به إذا كان محصناً لا أن ينسب إليه الولد، أي: لمّا قصد ﷺ أن يذكر ما يثبت بالزنا والعهارة أخبر عنه بأشدّ أحكامه في الدنيا وهو الرجم للمحصن، لكن ضعّف هذا التأويل الثاني. وقوله ﷺ ذلك خرج على سبيل العموم لأحكام الشريعة الإسلامية، لا على معنى الاختصاص

---

(1) المنتقى: 6/ 5 ـ 9، والمعلم: 2/ 171، 173.

(2) القبس: 3/ 917، وبداية المجتهد: 2/ 390، وإكمال الإكمال: 4/ 78.

(3) أخرجه البخاري في الفرائض، باب الولد للفراش.

(4) اكتفينا هنا ببيان حكم المرأة التي كانت توصف بكونها حرّة، دون حكم الإماء إذ قد انتهى الرق.

(5) المنتقى: 6/ 8، والمعلم: 2/ 170، وإكمال المعلم: 4/ 79.

بأحكام المشركين[1].

وبهاتين الجملتين حكم النبي ﷺ بأن ينسب الولد لصاحب الفراش، وقطع نسبه عن العاهر، وأبطل ما كان عليه أمر الجاهلية من إثبات النسب بالزنا، وقصر إثباته بعقد النكاح[2]. قال الإمام ابن العربي: هو حديث عظيم، وأصل في الشريعة قويّ، فائدته: بيان النسب الذي جعله الله حكمة للخلق للتعارف ثم للتعاضد، وأصله البعضية. ولكنّها لما كانت خفية نصب الله عليها للخلق علماً ظاهراً وهو الفراش، على سنته في حكمته، ولطفه بخليقته في وضع الأشياء الظاهرة علماً على المعاني الخفية التي تفرّد بالاطلاع عليها دوننا[3].

ب ـ ما تقدم في باب اللعان، عن ابن عباس في قصة لعان هلال بن أمية، قوله: ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب[4]. وعن ابن عمر أنّ رجلاً لاعن امراته في زمان النبي ﷺ، وانتفى من ولدها، ففرّق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة[5]. ووجه الاستدلال أنّ قوله: «الولد للفراش» قد استثني منه الولد الملاعن به، فإنّه لا ينسب للفراش وإن ولد لفراش. وقد صرف النبي ﷺ نسبه لأمّه، وكان قبل ذلك ينتسب لأبيه، فلمّا منعه مانع وهو اللعان من أن ينتسب لصاحب الفراش مع وجوده ونسب لأمّه، كان بأن يقطع نسب الولد المعلوم أنّه من زنا عن الزاني ويلحق بأمّه أولى[6].

5 ـ أنْ لا يُكذّبه العَقْلُ، وذلك إذا كان مدّعي الأبوّة صغيراً. فلو كان الأب صغير السنّ والمستلْحَق ـ بالفتح ـ كبيراً فإنّ ذلك يحيله العقل، لما فيه من تقدّم المعلول على علّته.

6 ـ أنْ لا تكذّبه العَادَة، كاستلحاقه وَلَد وُلِد ببلد بعيدة جدًّا، يعلم أنّه لم يدخلها.

ويجوز الاستلحاق بعد موت المستلحق ـ بالفتح ـ.

التوارث في الاستلحاق:

يرث الأب الولد المستلحق، إذا كان الاستلحاق في حياة الولد، وسواء كان

---

(1) المنتقى: 6/ 8، والمعلم: 2/ 176، والمفهم: 4/ 197، وإكمال الإكمال: 4/ 79.
(2) عارضة الأحوذي: 5/ 104، وإكمال الإكمال: 4/ 78.
(3) القبس: 3/ 915.
(4) أخرجه أبو داود في الطلاق؛ باب اللعان؛ وابن ماجه في الطلاق، باب اللعان.
(5) أخرجه مالك في اللعان، باب ما جاء في اللعان؛ والبخاري في الطلاق، باب يلحق الولد بالملاعنة؛ ومسلم في اللعان، حديث 8.
(6) المنتقى: 4/ 76.

للولد المستلحق ولد يرثه أم لا، وسواء كان ماله قليلاً أو كثيراً.

ولَو مَاتَ الولد، واستلحقه الأب بعد موته، فإنّ أباه المستلحق له بعد موته يرثه، ولكن بشرطين:

ـ أنْ يرِث الولد المستلحق وَلَد. فإن كان الولد الذي يرث الولد المستلحق ذكراً فللأبِ المقرّ منه السدس، وإن كان الولد أنثى فله النصف فقط. فإن لم يكن له ولد فلا يرثه؛ لأنّه متهم على أنه إنما استلحقه بعد موته ليأخذ ماله.

ـ أن يكون المال قليلاً لا بال له فإنه يرثه، ولو لم يكن له ولد.

ومِثْلُ الاستلحاق بعد الموت الاستلحاق في مرضه.

استلحاق غير الولد والميراث في ذلك:

وتسمية هذا استلحاقاً مجاز؛ لأنه مجرد إقرار لما علمت.

فإنْ اسْتَلْحَقَ إنسان غَيْرَ وَلَد، بأن استلحق أخاً أو عمّاً أو أباً، بأن قال: فلان أخي، أو أبي، أو عمّي، أو ابن عمّي؛ لَمْ يرث المقرّ به من استلحقه إنْ كَانَ هناك وَارِثٌ للمقرّ حائز لجميع المال، كأخ أو أب أو عم معلوم. وإنّما لم يرث المقرّ به في هذه الحالة؛ لأنّ المقرّ أي: المستلحق ـ بالكسر ـ يتهم على إخراج الإرث لغير من كان يرث.

فإن لم يكن له وارث فإنه يرِث، وإنْ لَمْ يَطُل الإقْرَارُ.

ثبوت النسب بالشهادة والميراث في ذلك:

ما تقدم في الشرط الثاني لصحة الاستلحاق من أنّه لا يصحّ الاستلحاق إلّا من الأب لأنّه من الإقرار على النفس. ولا يصحّ من الجدّ ولا من الأخ ـ أي: بالنسبة للولد المقرّ به ـ؛ لأنّه يتعلّق بالإقرار على الغير، ولا يثبت النسب بالإقرار على الغير؛ لأنّه قد يكون بالظنّ بدون تحقيق، ولا يشترط فيه العدالة. أمّا الشهادة فإنّه يثبت بها النسب؛ لأنّها لا تكون إلّا بالبتّ والجزم الذي هو العلم، ويشترط فيها العدالة.

وعلى هذا فإنْ شهد أخوان عَدْلَانِ مات أبوهما ـ مثلاً ـ بِثَالِث ثَبَتَ النَّسَبُ للثالث. ويأخذ من التركة كواحد منهم، ويحرم عليه نكاح أمّ الميت وابنته. ومثلهما إذا شهد أخوان للميت، أو عمان له، أو أجنبيان عنه، أن للميت ابن آخر.

فإن لم يكونا عدلين بل مجروحين، أو كان عدل واحد، لم يثبت النسب. وحيث لم يثبت النسب فلا يحرم على المقرّ به نكاح أمّ الميت وابنته. وإنما لم يثبت النسب في هذه الحالة بالمجروحين؛ لإجماع أهل العلم أنّه لا يثبت النسب بغير العدول، ولو حيز به الميراث[1].

---

(1) بلغة السالك: 2/ 197.

ووجه اشتراط العدلين أنّ هذا إقرار في حقّ الغير، والإقرار في حقّ الغير ليس بأوكد من الشهادة، وشهادة الواحد غير مقبولة فيه، فالإقرار أولى[1].

ويرِث المقرّ به مِنْ حِصَّةِ المُقرّ ما نَقَصَهُ الإقْرَارُ من حصّة المقرّ، كان عدلاً أم لا، ولا يمين. فإذا كان الميت خلف ثلاثة أولاد، أقرّ اثنان منهم غير عدلين بأخ آخر وأنكره الثالث، فإنّه يقسم على الإنكار وعلى الإقرار، فمسألة الإنكار ثلاثة، ومسألة الإقرار أربعة، ومسطحهما اثنا عشر لتباينهما، فاقسمها على الإنكار يخصّ كل واحد أربعة، وعلى الإقرار يخصّ كلّ واحد ثلاثة، فالذي نقصه إقرار كلّ واحد من المقرين واحد، فيعطى الاثنان للمقرّ به. والدليل على أنّ النسب لا يثبت بشهادة واحد، وأنّ المقرّ به يأخذ حقه من الميراث من نصيب من أقرّ به على النحو المتقدم ما يلي[2]:

أ ـ عمل أهل المدينة. فقد صدّر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا»[3].

ب ـ أنّ إقرار المقرّ يتضمّن شيئين: أحدهما النسب، وهذا إقرار على غيره لا يثبت بمجرّد قوله، ولا يقضى على الميت بإلحاق نسبه به؛ لأنّه لا يلحق به إلّا بشهادة كاملة؛ والثاني إقرار بمال في يده فيقضى عليه بإقراره على نفسه، ويقال له: أنت أعلم بذلك.

ج ـ أنّ المقرّ إذا كان يعلم ثبوت النسب للذي يقرّ به، فإنّه لا يجوز له أن يمنع من يعلم أنّه شريكه في الميراث حظّه منه، وأمّا النسب فليس الأمر إليه.

لَو تَرَكَ شَخْصٌ أمّاً وأخاً، فأقَرَّت الأمّ بأخ ثان للميت، وأنكره الأخ، فللمقرّ به مِنْهَا السُدسُ، لحجبها بهما من الثلث إلى السدس، فلو تعدد الأخ الثابت النسب، فلا شيء للمقرّ به إذ لا تنقص الأمّ عن السدس.

وإذا مات المقرّ لم يرثه المقرّ به، وإنما يرثه أخوه الثابت النسب؛ لأنّ الإقرار لا يورث به إلا مع عدم وارث ثابت النسب. ولو لم يكن للمقرّ غير المقر له لورثه.

وإذا مات المقرّ له فإنه يرثه المقرّ والمنكر، ويأخذ المقر من تركته بدأ مثل ما كان أعطاه، ثم يكون ما بقي بينه وبين المنكر[4].

---

(1) الإشراف: 2/ 621، والمعونة: 2/ 1257.

(2) المنتقى: 6/ 7، 6/ 17، وبداية المجتهد: 2/ 390.

(3) الموطأ في الأقضية، باب القضاء في ميراث ولد المستلحق. وانظر في دلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(4) المنتقى: 6/ 17.

حكم القافة[1]:

القافة جمع قائف. وهو من يعرف النسب بالشبه. ولا يشترط في القائف كونه من بني مدلج، فإذا كان في كلّ عصر من أودعه الله تعالى تلك الخاصّة فإنّه يقبل قوله، ولو لم يكن من بني مدلج[2].

إذا ولدت امرأتان لزوجين صبيين في مكان واحد، ولم تعرف كلّ واحدة منهما ولدها، دعي لهما القافة. ويستوي الأمر بوجوب دعوة القافة في الوجوه الآتية:

1 ـ أن يدعي كلّ واحد من الزوجين صبياً بعينه، وينفي عن نفسه الآخر.

2 ـ أن يقول كل واحد منهما لا أدري أيهما ولدي. ولو أرادا في هذه الحالة أن يصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما ولداً يكون ابنه، مع كونه لا يدّعي علم ذلك، لم يكن لهما ذلك، وتدعى القافة.

3 ـ أن يدّعيا معاً صبياً معيناً ونفيا الآخر عنهما؛ فالواجب أن تدعى القافة. إذ ليس لهما أن ينفيا الآخر عن أنفسهما، وقد علم أنّه ابن أحدهما، والذي ادّعياه جميعاً ليس أحدهما بأولى به من الآخر.

فموضوع إعمال القافة هو فيما أشكل من فراشين ثابتين. ودليل وجوب اعتماد القافة في هذا الموضع:

أ ـ عن عائشة قالت: دخل عليّ رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً، فقال: «يا عائشة، ألم تري أنّ مجزّزاً المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيداً، وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إنّ هذه الأقدام بعضها من بعض»[3]. ومحلّ الاستدلال أنّ المنافقين كانوا يقدحون في نسب أسامة، لكونه أسود شديد السواد، وكان أبوه زيد أبيض من القطن؛ فلمّا ذكر المدلجي لرسول الله ﷺ ما ذكر، بأن قضى بإلحاق هذا النسب، وكان قائفاً، وكان أهل الجاهلية يصغون إلى قول القافة، سرّ رسول الله ﷺ بذلك، لكونه كافّاً لهم عن الطعن فيه. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ القائف على قضائه، وصدر منه ما هو أخصّ من الإقرار وهو السرور، وما كان ليسرّ بالباطل، لو كانت القيافة من الباطل[4].

---

(1) منح الجليل: 6/ 491، وشرح الزرقاني: 6/ 109، والشرح الكبير: 3/ 416.

(2) يقال في علوم العرب ثلاثة: السيافة والعيافة والقيافة، فالسيافة شمّ تراب الأرض، والعيافة زجر الطير والطيرة والتفاؤل ونحوهما، والقيافة اعتبار الشبه في إلحاق النسب.

(3) أخرجه البخاري في الفرائض، باب القائف؛ ومسلم في الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(4) المنتقى: 6/ 13، والقبس: 3/ 918، والمعلم: 2/ 176، وبداية المجتهد: 2/ 393، وإكمال الإكمال: 4/ 83.

وقد اختلف قول الإمام مالك في الأخذ بالقافة، هل يؤخذ بذلك في أولاد الإماء والحرائر، أو في أولاد الإماء فقط؟ على قولين. وقد رجّح المتأخرون من فقهاء المذهب القول الأول، وهو رواية ابن وهب عنه؛ لما رأوا أنّ هذا الحديث الذي هو الأصل في هذا الباب إنّما وقع في الحرائر، فإنّ أسامة وأباه ابنا حرّتين؛ والأصل عند الأصوليين أنّه لا يلغى السبب الذي خرج عليه دليل الحكم[1].

ب ـ ما تقدم في قضاء النبي ﷺ في قضية سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة، إذ أمر زوجته زمعة بالاحتجاب من ابن وليدة زمعة، لما رأى من شبهه بعتبة بن أب وقاص؛ والقضاء بالشبه قيافة[2].

ج ـ أنّ الفراش إنّما يقضى به من جهة الظاهر، ولا يقطع منه على أنّ الولد لصاحب الفراش، فإذا جهل الفراش المؤدي لغلبة الظنّ ـ في هذا الموضوع ـ تطلّبنا الظن من وجه آخر، وهو الشبه[3].

وقد اعترض من نفى العمل بالقافة في النسب بأنّ النبي ﷺ لاعن في قصة العجلاني ولم يؤخر الحكم حتى تضع المرأة مولودها ويرى شبهه بمن يكون؛ وكذلك قوله ﷺ في قصة لعان هلال بن أمية: «إن جاءت به أصيهب، أر يصع، أثيبج، حمش الساقين فهو لهلال؛ وإن جاءت به أورق، جعداً، جمالياً، خدلّج الساقين، سابغ الأليتين فهو للذي رميت به»[4]، ولم ينقض حكمه لما جاءت به على الصفة المكروهة ولا حدّها، وهذا يدلّ على أنّ الشبه غير معتبر. والجواب أنّه يوجد في قصّتي اللعان فراش يرجع إليه، وهو مقدم على الشبه، فلم ينقض الحكم المبني عليه بظهور ما يخالفه مما ينحطّ عن درجته[5].

وإذا عدمت القافة أو أشكل الأمر عليها، فإذا كبر الولد والى أيّهما شاء، والدليل[6]:

أ ـ ما سيأتي من رواية سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه أنّه قال للولد: «وال من شئت منهما».

ب ـ إجماع الصحابة على قول عمر رضي الله عنه؛ لأنّ مثل هذه القضية مما يشيع وينتشر، ولم يخالفه أحد من الصحابة.

(1) المفهم: 4/ 201.
(2) المعلم: 2/ 177، وإكمال الإكمال: 4/ 83.
(3) المعلم: 2/ 177.
(4) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في اللعان؛ وابن ماجه في الطلاق، باب اللعان.
(5) المعلم: 2/ 177، وإكمال الإكمال: 4/ 83.
(6) المنتقى: 6/ 14 ـ 15، وبداية المجتهد: 2/ 392، والمفهم: 4/ 201.

ج ـ أن النسب لا يصحّ الاشتراك فيه، ولذلك لم يجز أن يتزوج رجلان امرأة، لما كان في ذلك من الشرك في النسب، ويصحّ أن يتزوج الرجل المرأتين، لما لم يؤدّ إلى ذلك؛ فإذا لم يوجد وجه يختص منه بأحد المدعيين ردّ ذلك إلى اختيار الولد بأن يوالي أحدهما وكان ابناً له دون الآخر.

ومثل هذه المسألة امرأة عقد عليها رجلان، وكلّ منهما لا يعلم أنّها متزوجة؛ فلا يكون ـ عند الإمام مالك ـ الولد ابناً لاثنين أبداً، ولذلك ضرب عمر بن الخطاب ﷺ القائف فيما يأتي من حديث سليمان بن يسار، والدليل[1]: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ﴾ [الحجرات: 13].

وإذا كانت الزوجتان لزوج واحد، ولم تعرف كل واحدة ولدها، فتدعى القافة أيضاً، إذ لا يلزم من لحوق نسبهما بأبيهما واتحاده، عدم الاحتياج للقافة، إذ يحتاج لها لتعيّن لكل أم ولدها، كما قاله سحنون.

وتعتمد القافة فيما ذكر من الإلحاق على مشابهة الأب، إذا كان حياً أو ميتاً لم يدفن بعد، لا على شبه عصبة الأب المدفون، ولا عليه بعد دفنه لتغيره عن حالته الأولى.

وأمّا اعتمادها في الولد، فقد اختلف بين قصرها عليه حياً، وعمومها فيه حياً وميتاً. فعن ابن القاسم أنّه إن ولد ميتاً فلا قافة؛ وعن سحنون أنّه إن ولد حياً ثم مات دعي له القافة؛ وقد أرجع هذان القولان إلى الوفاق.

والمشهور أنّه يكتفى بالقائف الواحد، والدليل[2]:

أ ـ ما جاء في الحديث من أنّ النبي ﷺ اكتفى بقول مجزّز، وهذا نصّ في المسألة.

ب ـ أنّ القائف مخبر وليس شاهداً، والأخبار يكتفى فيها بالواحد العدل.

حكم ولد الزنا في الجاهلية:

إذا زنا رجل بامرأة في الجاهلية، أي: قبل دخوله في الإسلام، فإنّ الولد من الزنا يلحق به، والدليل:

أ ـ حديث نزاع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة، فقد نظر النبي ﷺ في حجّة كلّ منها، وفي طلب سعد بن أبي وقاص إلحاق ابن وليدة زمعة بأخيه عتبة، وعتبة مقرّ بأنّ الولد له من زناه بالوليدة؛ فلو كان ابن الزنا الواقع في الجاهلية لا يلحق بأبيه بعد الإسلام لبين النبي ﷺ ذلك، ولكنّه علّل منع إلحاقه به بأنّ الولد للفراش؛ لأنّه أقوى، وفيه إثبات فراش أهل الكفر، والفراش هنا لعتبة فهو سيّد الوليدة، وإن اختلف هل

---

(1) بداية المجتهد: 2/ 392.

(2) المفهم: 4/ 201.

ألحقه النبي ﷺ به أم لا، والظاهر أنّه لم يلحقه به؛ لأنّه لا يلحق بالرجل ولد بدعوى غيره ولا يلزمه ذلك، وإنّما أقر دعوى عبد بالأخوّة، كما تقدم؟.

ب ـ عن سليمان بن يسار أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام. فأتى رجلان كلاهما يدّعي ولد امرأة، فدعا عمر بن الخطاب قائفاً، فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتركا فيه. فضربه عمر بالدرّة، ثم دعا المرأة، فقال: أخبريني خبرك؟ فقالت: كان هذا ـ لأحد الرجلين ـ يأتيني وهي في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتى يظنّ وتظنّ أنّه قد استمر بها حبل، ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء، ثم خلف عليها هذا ـ تعني الآخر ـ فلا أدري من أيهما هو. قال: فكبر القائف، فقال عمر للغلام: وال أيّهما شئت[1].

فمعنى قوله: يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، أي: يلحقهم بهم وينسبهم إليهم وإن كانوا لزنية[2]. والإلاطة: الإلحاق والإلصاق. قال الإمام مالك فيما رواه عنه ابن حبيب: من أسلم اليوم فاستلاط ولداً بزنا في كفره، فهو مثل حكم من أسلم في عهد الجاهلية. وقال ابن القاسم في جماعة يسلمون فيستلحقون أولاداً من زنا: إن كانوا أحراراً ولم يدعهم أحد لفراش، فهم أولادهم، وقد ألاط عمر من ولد في الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، إلا أن يدعيه معهم زوج الحرة؛ لأنّ النبي ﷺ قال: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»، ففراش الزوج أحقّ، والإلاطة هي الإلحاق، قال: ومن ادعى من النصارى الذين أسلموا أولاداً من الزنا، فليلاطوا بهم؛ لأنّهم يستحلون الزنا في دينهم ـ أي: الذي هم عليه ـ[3]. قال الإمام الباجي: ومعنى ذلك أنّهم إذا استحلّوا الزنا وأثبتوا به الأنساب، لم يبطل الإسلام تلك الأنساب، كالنكاح الفاسد، فإذا ادّعى الواحد منهم ذلك بعد الإسلام حكم له بما تقدّم له منه في الجاهلية، وإنما يلحق به إن لم يكن مدّع ثمّ أحق به منه، وهو صاحب فراش[4]. ومن هنا يتبيّن أنّ هذا الحكم مستثنى من قوله: «وللعاهر الحجر»، وقصروا ذلك على الزنا بعد الإسلام.

ووجه ضرب عمر القائف؛ يحتمل أنّه رأى فيه عجلة ومبادرة بالقول قبل التثبت والتأمل، فاعتقد فيه التقصير؛ لأنّ الولد لا يكون ابناً لاثنين[5].

تحريم التبنّي:

التبنّي من تبنّى إذا اتخذ ابناً، وهو ليس منه حقيقة، وأجرى عليه أحكام البنوّة من

(1) أخرجه مالك في القضاء، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه.
(2) المنتقى: 6/ 11.
(3) المنتقى: 6/ 11.
(4) المنتقى: 6/ 12، والقبس: 3/ 916.
(5) المنتقى: 6/ 14، وبداية المجتهد: 2/ 392.

النسب والمصاهرة والميراث، كما كانت عادة أهل الجاهلية بذلك. فالتبنّي هو ادّعاء الرجل ابناً باطلاً. وهو محرّم في الإسلام.

ويدخل في التبنّي ما تقدم من أنواع الاستلحاق الممنوعة، وهي:

- استحاق المعلوم النسب.
- استلحاق ولد الزنا.
- استلحاق اللقيط بدون بينة أو وجه.

وهذه الأنواع الثلاثة لم يجعل الله تعالى الولد المدّعى ابناً لمن ادّعاه، وذلك للعلم المتحقق بأنّ المدّعي ليس أباً له.

- استلحاق مجهول النسب، إذا كان المدّعي كاذباً في دعواه، وقامت البينة على كذبه. أمّا إذا لم تقم بينة على كذبه فإنّ الشرع يصدّقه في الظاهر، ويجعل الولد المستلحق ابناً له، بحكم استلحاقه مع إمكان أبوته له، كما تقدم.

ولا يكون الاستلحاق جائزاً في الشرع، إلّا إذا كان الولد المجهول النسب المستلحق ابناً لمدّعيه حقيقة.

ودليل تحريم التبنّي: قول الله تعالى: ﴿أُمَّهَٰتِكُمْۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ۝٥﴾ [الأحزاب: 4 ـ 5].

ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى نفى بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ﴾ ما تواضع عليه الجاهليون من جعل أحد ابناً لمن ليس هو بابنه. والجعل المنفي هنا الجعل الجبلّي الخلقي؛ لأنّ البنوّة صفة من أحوال الخلقة وليست مما يتواضع عليها الناس بالتعاقد بالتبنّي، مثل الولاء والحلف. أي: إنّ أدعياءكم الذين تدّعونهم أبناء، ما خلقهم الله أبناءكم، إذ ليسوا كذلك في الواقع؛ وأنّ ادّعاءاتكم ذلك ليس لمدلولاتها حقائق خارجية تطابقها، فهي مجرّد أقوال لا تتجاوز دلالته الأفواه إلى الواقع ونفس الأمر، فليس له من أنواع الوجود إلا الوجود في اللسان والوجود في الأذهان دون الوجود في العيان؛ فهي إذاً افتراء وكذب ووهم.

والأدعياء: جمع دعيّ، وزن فعيل بمعنى مفعول، مشتقاً من مادة الادّعاء. والادّعاء: زعم الزاعم الشيء حقاً له من مال أو نسب، أو نحو ذلك بصدق أو كذب. وغلب وصف الدعيّ على المدّعى أنّه ابن لمن يُتحقق أنّه ليس أباً له، فهذا لم يجعله الله تعالى ابناً لمن ادّعاه للعلم بأنه ليس أباً له؛ وأمّا من ادّعي أنّه ابن لمن يحتمل أنّه ابن له فذلك هو اللحيق أو المستلحق، وقد جعله الله تعالى ابناً لمن استلحقه بحكم استلحاقه مع إمكان أبوّته له.

والجعل المنفي في الآية يدلّ كناية على انتفاء الأثر الشرعي الذي هو من آثار الجعل الخلقي؛ لأنّ الإسلام هو الفطرة التي فطر الناس عليها، أمّا آثار التبنّي التي صنعها الجاهليون فلا علاقة لها بفطرة الإنسان. فالآية نزلت في تحريم التبنّي وإبطاله، وإبطال ترتيب آثار البنوّة الحقيقية من النسب، والإرث، وتحريم القرابة، وتحريم الصهر، على البنوة الوهمية القائمة على الكذب في ادّعائها.

وقد أكّد الله تعالى الإبطال المذكور في أوّل الآية بالأمر بأن يدعوا المتبنّين لآبائهم الحقيقين، والأمر للوجوب. واللام في ﴿لِآبَآئِهِمْ﴾ لام الانتساب، أي: بأن ينسبوهم لهم. والمراد من ذلك ترتيب آثار ذلك من النسب والإرث وتحريم القرابة والصهر.

وبيّن الله تعالى أنّ نفي التبنّي وإبطال آثاره هو من الله تعالى لأنّه هو يقول الحق، لا الذين وضعوا هذه المزاعم، وأنّه تعالى وحده الذي يهدي إلى سواء السبيل، لا الذين أضلّوا الناس بالأوهام، كما يفيده الإخبار عن اسم الجلالة وضميره بالمسندين الفعليين القصر. كما بيّن أنّ دعاء المتبنين لآبائهم هو القسط الكامل، وغيره جور على الآباء الحقيقيين وعلى الأدعياء؛ لأنّ فيه إضاعة أنسابهم الحق وما يترتب على ذلك.

وزاد هذا الحكم تأكيداً أنّه تعالى لم يترك باباً يمكن أن يبعث على التساهل فيه والبقاء على ما كانوا عليه، بدعوى أنّ من كانوا قد تبنّوا في الجاهلية أولاداً لا يعلمون لبعضهم آباء ينسبونهم إليهم، أو أن يأتي من بعدهم لا يجدون لبعض الأولاد آباء ينتسبون إليهم إلّا بالتبنّي؛ فأمر سبحانه أن يدعى من لا يعرف أبوه بوصف الأخوة في الإسلام، أو بالولاء. أي: فإن لم تعلموا آباءهم فادعوهم إن شئتم بإخوان، وإن شئتم ادعوهم موالي. والمراد بالولاء ولاء المحالفة، فالمحالفة مثل الأخوة. وليس ولاء العتق الذي كان معروف في عهد الرق.

وهذه الآية ناسخة لما كان جارياً بين المسلمين ومن النبي ﷺ من التبني؛ فهو من نسخ السنة الفعلية والتقريرية بالقرآن. وذلك مراد من قال: إنّ هذه الآية نسخت حكم التبنّي. عن عروة بن الزبير، أنّ أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب رسول الله ﷺ، وكان قد شهد بدراً، وكان تبنى سالماً الذي يقال له: سالم مولى أبي حذيفة، كما تبنى رسول الله ﷺ زيد بن حارثة، وأنكح أبو حذيفة سالماً وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهي يومئذ من المهاجرات الأول، وهي من أفضل أيامى قريش، فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى الدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: 5] ردّ كلّ واحد من أولئك إلى أبيه، فإن لم يعلم أبوه ردّ إلى مولاه. وفي رواية: عن عائشة رضي الله عنها أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس وكان ممن شهد بدراً مع النبي ﷺ تبنى سالماً وأنكحه بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة بن

ربيعة وهو مولى لامرأة من الأنصار كما تبنى النبي ﷺ زيداً وكان من تبنى رجلاً في الجاهلية دعاه الناس إليه وورث من ميراثه حتى أنزل الله: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ فردوا إلى آبائهم، فمن لم يعلم له أب كان مولى وأخاً في الدين[1].

ولمّا كان الأمر بدعاء المتبنّين لآبائهم على الوجوب، ويقتضي النهي عن ضدّه وتحريمه، وكان الخطأ وارداً على ألسنة الناس عند نزول التحريم، فقد استثنى الله تعالى ما يجري منهم على ذلك الوجه بقوله: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ﴾ [الأحزاب: 5] فنفى الجناح وهو الإثم فيما اعتادوا أن يقولوا: فلان بن فلان للدعيّ ومتبنّيه، ولذلك قابله بقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [الأحزاب: 5]، أي: ما تعمّدته عقائدكم بالقصد والإرادة إليه.

وبهذا تقرّر إبطال التبنّي، وأنه لا يجوز لأحد أن يقول لدعيّه: هو ابني، ولا أن يقول: تبنّيت فلاناً. ولو قاله أحد لم يكن لقوله أثر، فلا يعتبر وصية بما كان يترتب عليه في الجاهلية من الإرث. وأمّا لو قال: أنزلت فلاناً منزلة ابن لي يرث ما يرثه ابني، فهذا هو المسمّى بالتنزيل، وهو خارج مخرج الوصية بمناب وارث إذا حمله ثلث الميت.

وإذا قال لمن ليس بابنه: هو ابني على معنى الاستلحاق، فيجري على حكمه إن كان المنسوب مجهول النسب ـ كما تقدّم ـ ولم يكن الناسب يقصد بقوله التلطّف والتقريب.

وإذا قال أحد لمن كان يدعيّه ابناً له: يا بني، على وجه التلطّف فهو ملحق بالخطأ، ولا ينبغي التساهل فيه إذا كانت فيه ريبة.

وقوله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ﴾ بعود ضمير أمره إلى الأدعياء، فلا يشمل الأمر دعاء الحفدة أبناء لأنّهم أبناء، وقد قال النبي ﷺ في الحسن رضي الله عنه: «إنّ ابني هذا سيّد».

وكذلك لا يشمل ما يقوله أحد لغيره لم يكن يدّعيه ابناً له: يا بني، تلطفاً وتقرباً، فليس به بأس؛ لأنّ المدعو بذلك لم يكن دعياً للقائل. وما يجري بين الناس من دعاء بعضهم البعض بأخي، وأختي، وعمّي، على سبيل التلطّف والتقريب فلا بأس به. وكذلك قول الرجل لآخر: أنت أبي وأنا ابنك، على قصد التعظيم والتقريب، وذلك عند انتفاء اللبس[2].

---

(1) أخرجه مالك في الرضاع، باب ما جاء في الرضاع بعد الكبر؛ والبخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين.

(2) تلخيصه من التحرير والتنوير: 21/ 254 ـ 265.

انتساب الرجل إلى غير أبيه:

يحرم على الرجل أن ينتسب إلى غير أبيه، والدليل[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ﴾ ويفهم من الآية ذلك بطريق لحن الخطاب. ولحن الخطاب هو دلالة اللفظ على ثبوت الحكم المنطوق به للمسكوت عنه، لاشتراكهما في علّة الحكم، وذلك إذا كان المسكوت عنه مساوياً للمنطوق به[2]. أي: فالآية نصّت على تحريم ادّعاء الرجل ولداً كونه ابناً له، وسكتت عن انتساب حكم انتساب الرجل إلى غير أبيه، ولمّا كانت علّة ما نصّت الآية على حكمه، وهي صيانة الأنساب، موجودة في ما سكتت عنه، استدلّ على ثبوت هذا الحكم للمسكوت عنه، وسمّى هذا الاستدلال بلحن الخطاب لاستوائه مع المنطوق به في العلّة.

ب ـ عن سعد وأبي بكرة قالا: سمعنا النبي ﷺ يقول: «من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام»[3] عن أبي ذر ﷺ، أنه سمع النبي ﷺ يقول: «ليس من رجل ادّعى لغير أبيه، وهو يعلمه إلا كفر، ومن ادعى قوماً ليس له فيهم نسب، فليتبوأ مقعده من النار»[4]. والمراد بالكفر هنا كفر النعمة؛ لأنّ انتساب المرء لغير أبيه إمّا قذف أو كذب أو عقوق، ولا شيء من ذلك بكفر؛ إلّا إذا كان الفعل جحوداً للحكم واستحلالاً وهو يعلم حكمه فالكفر كفر اعتقاد مخرج عن الملّة[5].

ولاء من أسلم على يدي رجل:

المراد بالولاء هنا ما يترتب عليه من التوارث والتعاقل؛ فمن أسلم على يديه رجل فلا يكون له ولاؤه، والدليل: عن عائشة ﵂ قالت: قال النبي ﷺ: «إنّما الولاء لمن أعتق»[6]. ووجه الاستدلال أنّ الحديث جاء بصيغة القصر، بحرف إنّما، أي: قصر الولاء على العتق دون سواه. وما جاء في إثبات الولاء بغير العتق كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيۡءٖ شَهِيدًا﴾ [النساء: 33].

---

(1) التحرير والتنوير: 21/ 254 ـ 265.

(2) أمّا إذا كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق فهو المسمّى بفحوى الخطاب، وكلا فحوى الخطاب ولحن الخطاب نوعان لمفهوم الموافقة (انظر تعليم علم الأصول، للدكتور نور الدين الخادمي: 382).

(3) أخرجه البخاري في الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم.

(4) أخرجه البخاري في المناقب، باب نسبة اليمن إلى إسماعيل؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم.

(5) المعلم: 1/ 296، وإكمال الإكمال: 1/ 171.

(6) أخرجه مالك في العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق؛ والبخاري في الفرائض، باب الولاء لمن أعتق؛ ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

أي: والذين تعاقدتم معهم على الولاء بينكم وتنزيلهم منزلة الأبناء أو بمنزلة الإخوة أو بمنزلة أبناء العم، أو غير ذلك ممّا حملت عليه الآية، فذلك كان في صدر الإسلام، وهو منسوخ بآية المواريث[1].



(1) بداية المجتهد: 2/ 396، والتحرير والتنوير: 5/ 36.

الوديعة

تعريف الوديعة لغة:

الوَدِيعَةُ مأخوذة من الوَدْع ـ بفتح الواو ـ بمعنى الترك، وفعيلة بمعنى مفعولة، ومنه قوله تعالى: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ ۝٣﴾ [الضحى: 3]، أي: ما ترك عادة إحسانه في الوحي إليك. وتطلق على الأمانة، وعلى الاستنابة في الحفظ، وذلك يعمّ حق الله تعالى وحقّ الآدمي.

فالأمانة التي هي من حقّ الله تعالى هي أمانة الدين ورعاية تكاليفه، والعمل بمقتضى شرائعه.

والأمانة التي هي من حق الآدمي، هي الودائع وما أشبهها من الأمانات التي يأتمن الناس بعضهم بعضاً فيها[1].

تعريف الوديعة اصطلاحاً:

هي مال موكّل على حفظه.

فقوله: «مَالٌ» أي: فمن استحفظ ولده أو زوجته غيره فلا يسمّى وديعة عرفاً.

وقوله: «مُوَكَّلٌ» اسم مفعول أي: وَكّلَ ربّه غيره.

وقوله: «عَلَى حِفْظِهِ» أي: مجرّد حفظه، فخرج القراض والوكالة. فالإيداع نوع خاص من التوكيل؛ لأنه توكيل على خصوص حفظ المال، فالتوكيل على البيع أو الشراء ونحو ذلك لا يسمّى إيداعاً؛ لأنه ليس توكيلاً على مجرّد حفظ المال.

حكم الوديعة:

الوديعة من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة، وهي من باب الإحسان كالصدقة. ودليل الإباحة[2]:

أ ـ قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58].

---

(1) المقدمات: 2/ 455.

(2) المعونة: 2/ 1204، والمقدمات: 2/ 456، وشرح التلقين: مجلد 4/ورقة 222، والجامع لأحكام القرآن: 5/ 257، والذخيرة: 9/ 138.

ب ـ قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: 283].

ج ـ عن أبي هريرة قال، قال النبي ﷺ: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[1].

ووجه الاستدلال بالآيتين والحديث أنّها عامّة في كلّ أمانة، ومنها العقود التي تقوم على الأمانة، وأمّهاتها الوديعة، واللقطة، والرهن، والعارية. وفي الوديعة هي تدلّ على الأمر بردّ الودائع، ولكن لمّا كان الردّ غير القبول ويصحّ أن يؤمر بردّ ما قبوله حرام، إلّا أنّ الشارع لمّا لم يتعرّض لأصل الإيداع الذي هو القبول، فإنّه يقتضي أنّ قبول الودائع جائز، إذ لو كان غير جائز لنبّه على ذلك.

د ـ اتصال عمل المسلمين بأخذ الودائع منذ عهد النبي ﷺ إلى هذا اليوم.

هـ ـ أنّ النبي ﷺ كان يحفظ ودائع الناس بمكّة قبل البعثة وبعدها، فليس بمكة أحد عنده شيء يخاف عليه إلّا وضعه عنده لما يعلم صدقه وأمانته.

وقد يعرض وجوبها، كمن خاف بفقدها هلاكه أو فقره إن لم يودعها، مع وجود قابل لها يقدر على حفظها دون غيره. والدليل على الوجوب[2]:

أ ـ الإجماع على أنّ صون مال الغير واجب للقادر على ذلك كصون النفوس.

ب ـ القياس على الشهادة إذا دعي إلى أدائها ولم يوجد من يشهد غيره، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: 282].

وقد يعرض حرمتها، كمن أودع شيئاً غصبه، ولا يقدر القابل على جحدها ليردّها إلى ربّها أو إلى الفقراء، إن كان المودع مستغرق الذمّة. ولذا ذكر القاضي عياض في المدارك عن بعض الشيوخ، أنّ من قبل وديعة من مستغرق الذمّة، ثمّ ردّها إليه ضمنها للفقراء. فالحاصل أنّه يحرم قبولها من مستغرق الذمة، ومن قبلها ثمّ ردّها له ضمنها لبيت المال أو للفقراء إن لم يكن بيت مال.

وقد يعرض لها الندب حيث يخشى ما يوجبها دون تحققها؛ والكراهة حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه.

ولا يلزم المرء قبول الوديعة إذا وجد المودع ـ بالكسر ـ غيره. ودليل عدم اللزوم: أنّ الله تعالى أمر بالأداء ولم يأمر بالقبول[3]. وعلى هذا فإنّ الوجوب والندب الذين يعرضان لها يكون على الكفاية[4].

---

(1) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده؛ والترمذي في البيوع، باب، وقال: حديث حسن غريب.

(2) المقدمات: 2/ 465، والذخيرة: 9/ 138. (3) المقدمات: 2/ 465.

(4) الذخيرة: 9/ 138.

عدم لزوم عقد الوديعة:

الوديعة من العقود الجائزة الغير اللازمة، بحيث يتمكّن كل واحد من المتعاقدين من فسخ العقد شرعاً[1].

أداء الوديعة[2]:

أداء الأمانات لأصحابها واجب، فقد أمر الله تعالى بذلك؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58]، وقال: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: 283]، ونهى سبحانه عن خيانتها فقال: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَخُونُوا۟ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓا۟ أَمَـٰنَـٰتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٧﴾﴾ [الأنفال: 27]. وقال النبي ﷺ: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[3].

وقد جعل النبي ﷺ أداءها من علامات الإيمان، وخيانتها من علامات المنافقين، فعن عبد الله بن عمرو، أن النبي ﷺ قال: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»[4].

أركان الوديعة:

1 ـ المودع ـ بكسر الدال ـ، وهو يقابل الموكل في الوكالة.

2 ـ المودع ـ بفتح الدال ـ، وهو القابل للوديعة. وهو يقابل الوكيل.

3 ـ المال المودع.

وإذا علمت أن الإيداع توكيل خاص، تعلم أنّ كلّ من جاز له أن يوكّل، وهو البالغ العاقل الرشيد، جاز له أن يودع؛ ومن جاز له أن يتوكّل جاز له أن يقبل الوديعة.

4 ـ الصيغة، أي: ما يدلّ على الإيجاب والقبول، أي: ما يدلّ على الرضا. ويكفي في قبول الوديعة السكوت دليلاً على الرضا؛ لأنه قائم مقام المعاطاة في البيوع.

ضمان الوديعة:

الوديعة أمانة غير مضمونة، والدليل[5]:

أ ـ أنّ الله تعالى أمر بردّ الأمانات ولم يأمر بالإشهاد كما فعل ولي اليتيم، فدلّ

---

(1) الذخيرة: 9/ 138. (2) المقدمات: 2/ 456.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه البخاري في الإيمان، باب علامة المنافق؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان خصال النفاق.

(5) المعونة: 2/ 1204، وشرح التلقين: مجلد 4/ورقة 223، والمقدمات: 2/ 459، وبداية المجتهد: 2/ 342، والذخيرة: 9/ 145.

ذلك على أنّ المودع ـ بالفتح ـ مؤتمن سواء التلف والضياع أو في الردّ إلى من ائتمنه دون إشهاد، فوجب أن يصدّق في دعواه ردّ الوديعة، لكن إن كذّبه المودع ـ بالكسر ـ فعليه اليمين فقط. وسيأتي حكم ما إذا أشهد المودع ـ بالكسر ـ على دفع الوديعة إليه.

ب ـ أنّ علّة الضمان مركّبة من أمرين؛ ملكية المال والانتفاع به، فمن كان له هذين الوصفين ينبغي أن يكون عليه الضمان، وفي الوديعة فالمال غير مملوك للمودع ـ بالفتح ـ، ولا منفعة له فيه، فانتفى بذلك الضمان عنه. وهذا بخلاف القرض، فقد حصل فيه وصفان لا يحصل معهما نفي الضمان، وهما انتقال الملك للمقترض، وانفراده بالمنفعة.

ج ـ أنّ المودع ـ بالكسر ـ رضي بأمانة المودع ـ بالفتح ـ، فلا يضمن.

ولمّا كانت الوديعة أمانة، وكلّ أمانة لا يضمنها الأمين، إلا إذا فرّط مَنْ يصحّ توكيله فيها. والذي يصحّ توكيله فيها هو الرَشيد، لا الصَبِيّ ولا السَفِيه؛ لعدم صحّة وكالتهما كما تقدم. فمن استودع واحداً منهما فهو المفرط في ماله. ولو أذن ولي الصبي والسفيه فلا ضمان، ووجه ذلك أنّ إيداعهما الوديعة تسليط لهما على إتلافها، وتعريض لها للضياع، فهو كالإذن لهما بذلك[1].

ويستثنى من ذلك فيضمن في أمرين:

* فيما صوَّن[2] به ماله وهو مليء، فيضمن قدر المال الذي صوّن، كما لو كان يصرف من ماله كلّ يوم عشرة، فانتفع بتلك الوديعة في يوم من الأيام، فإنّه لا يؤخذ من ماله إلّا مقدار عشرة، ولو كانت الوديعة مائة.

* إذا نصبه وليّه للتجارة، فقولهم: لا ضمان على صبي فرط وإن أذن له وليه، أي: ما لم ينصبه للتجارة والمعاملات بين الناس. فحينئذ تكون يد الصبي أو السفيه بمنزلة يد وليّه.

صور التفريط في الوديعة المقتضية للتضمين:

1 ـ بِسُقوطِ شَيء عَلَيْهَا من يد المودع ولو خطأ؛ لأنّ الخطأ كالعمد في الأموال. لا إن انكَسَرَتْ الوديعة منه في النَقْلِ المحْتَاجِ إِليْهِ لمثلها، من مكان إلى آخر. فإذا لم تحتج إلى النقل فنقلها، أو احتاجت ونقلها نقل غير مثلها ضمن إن انكسرت. ونقل مثلها: ما يرى الناس أنه ليس فيه بمفرط.

ومثل التضمين في الخطأ من أذن له في تقليب شيء، فسقط من يده فكسر غيره، فلا يضمن الساقط لأنه مأذون له فيه، ويضمن الأسفل بجنايته عليه خطأ، والعمد والخطأ في أموال الناس سواء.

---

(1) الذخيرة: 9/ 140.

(2) صوّن: من صان الشيء يصونه.

2 ـ بِخَلْطِ الوديعة بغيرها، إذا تعذر تمييزها عما خلطت فيه. كما إذا كانت الوديعة سمناً، وخلطها بدهن أو زيد، فيضمن ولو لم يحصل فيها تلف.

ويستثنى من الخلط الذي يتعذر به تمييز الخليطين، خلط سائر الحبوب، كَقَمْح وفول، بِمِثْلِهِ نوعاً وصفة، ودنانير بمثلها، أو دراهم بمثلها؛ فلا ضمان لأنّها لا تراد لعينها. فإن خلط مثلاً سمراء بمحمولة ضمن، وكذا جيّد برديء أو نقي بغث، وهذا مثال اختلاف الصفة. وإن خلط قمحاً بأرز ضمن أيضاً، وهذا مثال اختلاف النوع. وعلة الضمان تعذّر التمييز بعد ذلك.

وكذا يستثنى خلط دَرَاهِمَ بدَنَانِيرَ، لتيسر التمييز فلا يضمن إذا خلطها.

ويشترط للاستثناء أن يكون الخلط للإحرازِ أو الرفقِ. فإن لم يكن الخلط للصّون ولا للارتفاق ضمن؛ لاحتمال عدم تلفها أو ضياعها لو كانت على حدة، ويعلم ذلك بقرائن الأحوال التي تقتضي التفريط وعدمه.

ثمّ إنْ تَلِفَ بَعْضُهُ بعد الخلط، فيكون التالف بَيْنَ صاحب الوديعة والقابل، على حسب الأنصباء من النصف أو الثلث أو غيرهما، فإذا ضاع اثنان من أربعة، وكان لأحدهما واحد وللثاني ثلاثة، فالاثنان الباقيان يكون منهما لصاحب الثلاثة واحد ونصف، ولصاحب الواحد نصف وهكذا.

فإنْ تَمَيَّزَ التالف من السالم، كما في خلط الدنانير والدراهم، فما تلف فعلى ربّه خاصة.

ويؤخذ من هذا أنّ المركب إذا وسقت بطعام لجماعة غير شركاء، وأخذ الظالم منهم شيئاً، فإن كان الطعام مخلوطاً بعضه ببعض، فمصيبة ما أخذ من الجميع تقسم على حسب أموالهم، وأما إذا كان غير مخلوط فما أخذ مصيبته من ربّه. وأمّا ما جعله الظالم على المركب بتمامها فيوزع على جميع ما فيها، كان هناك اختلاط أو لا، وذلك كالمجعول على القافلة.

3 ـ بانتِفَاع القابل بِالوديعة بلا إذن من رَبّها، فتلفت أو تعيبت بسبب ذلك؛ كركوب الدابة ولِبس الثوب. وهذا إذا كان انتفاعه على وجه العارية، وأما على وجه السلف فسيأتي.

واختلف فيما إذا هلك في استعماله بسبب من الله تعالى فقال سحنون: يضمن لأنه كالغاصب، وقال ابن القاسم: لا يضمن بناء على أن الغالب فيما تعطب بمثله السلامة؛ كما لو ركب الدابة لنحو السوق فماتت من الله.

4 ـ بسَفَرِه بها، أي: إذا سافر فأخذ الوديعة معه، فضاعت أو تلفت فإنه يضمن. ووجه الضمان ما يلي[1]:

---

(1) الإشراف: 2/ 625، والمعونة: 2/ 1205، والذخيرة: 9/ 163.

أ ـ أنّ السفر غرر ومظنّة الهلاك، ولم يأذن له صاحبها بالتغرير بالوديعة.

ب ـ أنّ ربّها إنّما أذن له في حفظها في البلد، ولم يأذن له في إخراجها عنه، كما لو أذن له في حفظها تحت يده ولم يأذن له في إيداعها لغيره، فلمّا كان متى أودعها لغيره ضمن بتعدّيه بخروجه في حفظها على الوجه المأذون له فيه، فكذلك إذا سافر بها.

لكن بشرط أنْ يجد أَمِيناً يتركها عنده؛ لأنه حينئذٍ صار مفرطاً بأخذها معه. ووجه جواز تركها عند أمين وعدم ضمانه في ذلك أنّه لمّا كان محتاجاً للسفر، وكّل إلى اجتهاده، وكان ما فعله أحد سببي حفظها، وليس يمكنه حفظها بآكد من هذا الوجه[1].

فإن لم يجد أميناً يتركها عنده بأن لم يجد أميناً أصلاً، أو وجده ولم يرض بأخذها عنده فلا ضمان عليه إذا سافر بها فتلفت؛ لأنه أمر تعيّن عليه.

فإن ردّ الوديعة بعد الانتفاع بها أو بعد سفره بها سَالمةً لموضع إيداعها، ثم تلفت أو ضاعت بعد ذلك بلا تفريط فلا يضمن. ويكون القَوْل لمن انتفع بها أو سافر بها عند وجود أمين في رَدّهَا سَالِمَةً لمحلّ إيداعها، إذا خالفه ربّها في ذلك.

وهذا إنْ أَقَرَّ بأنه انتفع بها أو سافر. فإنْ أنكر ذلك وشُهِدَ عَلَيْهِ به، فادّعى رجوعها سالمة لمحل إيداعها، فلا يقبل قوله ويضمن.

5 ـ بالقفْل عليها إذا نُهِيَ عَنْهُ، بأن قال له ربّها: لا تقفل عليها الصندوق مثلاً، لكونه خاف عليها من لصّ لأن شأن اللصّ أن يقصد ما قفل عليه، فقفل عليها فسرقت. بخلاف ما لو تلفت بسماوي أو حرقت بلا تفريط، فلا يضمن لأنها لم تتلف من الجهة التي خاف منها.

6 ـ بوَضْعها في نُحَاسٍ، في أَمْرِهِ بوضعها بفَخّار فسرقَتْ.

فإن لم يأمره بشيء لم يضمن، حيث وضعها بمحل يؤمن عادة، كما لا يضمن إذا تلفت بغير سرقة.

ولا يضمن إن زَادَ قُفْلاً على قفل أمره به، إلا إذا كان فيه إغراء للصّ؛ أو أَمَرَه برَبْطِهَا بكمّ فأخذها بيَدِهِ أو جَيْبَهِ، فلا ضمان إن غصبت أو سقطت؛ لأنّ اليد أحرز منهما، إلا أن يكون شأن السارق أو الغاصب قصد الجيب.

ولا يضمن إنْ نَسِيَها مربوطة في كُمّهِ فضاعت، إن أمره بوضعها فيه.

7 ـ بنسْيَانِهَا بمَوْضِعِ إِيدَاعِهَا؛ فأَوْلَى غيره؛ لأن عنده نوعاً من التفريط.

8 ـ بدخُول حَمَّام بها، أو دخول سوق بها فضاعت.

---

(1) الإشراف: 2/ 625، والمعونة: 2/ 1205.

9 ـ بخُروجِهِ بِهَا يَظُنُّهَا له فتَلِفَتْ. وإنما ضمن فيما إذا خرج بها يظنّ أنها له؛ لأنه من الخطأ وهو كالعمد في المال.

10 ـ بإيدَاعِهَا عند الغَير. ووجه الضمان أنّ مالكها رضي بأمانته دون أمانة غيره، ولم يأذن له في دفعها إلى غيرهن فكان متعدّياً بذلك فلزمه الضمان[1].

ما عدا الزَوْجة أو الابن أو الخادم، فلا ضمان عليه إذا اعتادوا أن يضع عندهم، مع التجربة وطول الزمان. ولا إشهاد عليه في دفعها إليهم، والدليل على عدم الضمان في دفع الوديعة للزوجة والابن والخادم: أنّه علم بالعادة أنّ الوديعة لا يزيد المودع في حفظها على حفظ ماله، وأنّه يستعين في ذلك بهؤلاء، وأنّهم كالآلة والصندوق له[2].

والدليل على عدم الإشهاد: أنّ العرف والعادة أن لا يشهد على هؤلاء على ما يدفع إليهم، والعرف كالشرط[3].

فإذا لم يعتد هؤلاء ضمن، وكذا إذا وضعها عند غيرهم كالأب والأم أو وضعتها الزوجة عند زوجها أو غيرهم من الأجانب، سواء اعتيد هؤلاء أو لا، ولو أراد سفراً مع إمكان الرد؛ إلا لعُذْر حَدَث بعد الإيداع للمودَع ـ بالفتح ـ، كهدم الدار وطرو جار سوء أو ظالم، وكَسفَرٍ أراده وعَجَزَ عَن الرَّد لربها لَغيبته أو سجنه، فيجوز الإيداع لغير الزوجة والابن والخادم المعتادين، ولا ضمان إن تلفت. ووجه الجواز الإيداع للغير عند هذه الأحوال وعدم الضمان في التلف أنّ هناك ضرورة تدعو إلى ما فعله[4].

فإذا كان العذر حاصلاً قبل الإيداع، وعلم ربها به فليس له إيداعها، وإلا ضمن. فإن لم يعلم ربها بالعذر فليس للمودع قبولها. فإن قبلها وضاعت ضمن مطلقاً أودعها أو لا.

ولا يُصَدَّق المودَع ـ بالفتح ـ في العُذرِ إن أودعها وضاعت، وادّعى أنه إنما أودعها لعذر. إلا بِبيِّنَة تشهد له بالعذر، أي: بعلمهم به، لا بقوله: اشهدوا أني أودعتها لعذر من غير علم البينة بذلك العذر.

وعَلَيْهِ استرجاعُها وجوباً إنْ زال العذر المسوّغ لإيداعها، أو نَوى الرجوع من سفره عند إرادته، ثم رجع فإن لم يسترجعها ضمن. فإن لم ينوِ الإياب بأن نوي الإقامة أو لم ينوِ شيئاً، ثم رجع لم يجب عليه استرجاعها ولا ضمان عليه.

11 ـ بإرْسَالِها لربّها بلا إذْن منه، فضاعت أو تلفت من الرسول، وكذا لو ذهب هو بها لربها بلا إذن فضاعت منه.

فإن ادَّعى الإذْنَ ولم يُثْبِته فيضمن، والقول قول ربّها إنه لم يأذن إنْ حَلَفَ ما

---

(1) الإشراف: 2/ 625، المعونة: 2/ 1205.
(2) الذخيرة: 9/ 162.
(3) المقدمات: 2/ 466، والذخيرة: 9/ 162.
(4) المعونة: 2/ 1205.

أَذِنْت. فإن نكل حلف المودع أنه إنما أرسلها له لكونه أذن له، فإن نكل ضمن. ولا يَرْجع المودع - بالفتح - على الرسول القَابِضِ لها منه، إنْ تحَقَّقَ الإِذْنَ له من ربها وادعى عدمه عناداً منه، وكان الرسول من المودع - بالكسر -.

ويستثنى من الضمان بالإرسال من أودعت معه وديعة يوصلها معه لبلد، فعرضت له إقامة طويلة في الطريق كالسنة، فله أن يبعثها مع غيره ولا ضمان عليه إذا تلفت؛ لأن بعثها في هذه الحالة واجب ويضمنها إن حبسها. وأما إن كانت الإقامة التي عرضت له قصيرة كالأيام فالواجب إبقاؤها معه، فإن بعثها ضمنها إن تلفت. فإن كانت الإقامة متوسطة كالشهرين خيّر في إرسالها وإبقائها، ولا ضمان عليه في كل حال، وهذا التقسيم لابن رشد.

12 - إذا أمره صاحبها بدفعها إلى شخص آخر، فدفعها إليه بغير بيّنة. فإنّه يضمن إذا تلفت أو جحدها من دفعت إليه، ولم يقبل قوله في الدفع. ووجه ضمانه أنّ المالك لم يأمره بإتلاف الوديعة عليه، وأنّه في دفعها إلى من أمره بدفعها إليه بدون بيّنة إتلاف لها على المالك؛ لأنّ المدفوع إليه قد يجحد فلا يمكن أن يقيم عليه بيّنة، فلا يقبل قول الدافع لأنّه ليس بأمين للمدفوع إليه، والأمين إنّما يقبل قوله فيما بينه وبين من ائتمنه فكان مفرّطاً بذلك[1].

13 - بجَحْدِهَا من المودَع عند طلبها، بأن قال لربها لم تودعني شيئاً، ثم اعترف لمّا أقام عليه ربّها بينة بالإيداع، ثمَّ أَقَامَ المودَع - بالفتح - بينَةً عَلَى ردّها لربّها أو على الإِتْلَافِ لها بلا تفريط. وإنّما ضمن لأنه أكذبها أوّلاً بجحده قياساً على ما تقدم في الدين. وقيل: لا يضمن لأنه أمين. وقد ذكر الشيخ خليل الخلاف، فهما قولان مشهوران. ومثل الوديعة في الخلاف القراض. قال الشيخ الدردير: نعم هناك قول ثالث بالتفصيل وهو: قبول بيّنة في الضياع دون الردّ ولكنه ضعيف: إلا أنّ الذي في شرح المواق على مختصر خليل أنّ المشهور قبول بينته على ضياعها أو ردّها بعد إقراره. وقال بعضهم: المعتمد الضمان وعدم قبول بينته؛ لأنّه بجحدها صار كالغالب فيضمن إذا تلفت ولو بسماوي ويقبل دعواه الرد كما تقدم.

حكم الانتفاع بالوديعة:

الوديعة إمّا أن تكون من المقوّمات أو من المثليات، وفي كلّ منهما إمّا أن يكون المودع - بالفتح - مليّاً أو معدماً، فالصور أربع.

فإن كانت من المقوّمات، كثياب وحيوان، حرم تسلفها بغير إذن ربّها مطلقاً، كان المودع المتسلف لها مليّاً أو معدماً؛ لأنّ المقوّمات تراد لأعيانها.

---

(1) الإشراف: 2/ 626.

وإن كانت من المثليات حرم أيضاً إن كان معدماً؛ لأنه مظنة عدم الوفاء، والشأن عدم الرضا ربّها بذلك.

وكره إن كان مليّاً، وكذا في النقد، ووجه الكراهة وعدم الجواز هنا أنّ صاحب الوديعة إنّما دفعها ليحفظها عليه لا لينتفع بها ولا ليصرفها، فليس له أن يخرجها عمّا قبضها عليه[1]. ووجه عدم الحرمة أنّ المليّ مظنة الوفاء، مع كون مثل المثلي كعينه، إذ المثليات لا تراد لأعيانها. ومحلّ الكراهة من جهة المودع ـ بالكسر ـ حيث لم يبح له ربّها ذلك أو يمنعه بأن جهل الحال، وإلّا أبيح له في الأول ومنع في الثاني. ومنعه لها إمّا بالمقال أو القرائن. ومحلّها من جهة المودع ـ بالفتح ـ إذا لم يكن سيّئ القضاء ولا ظالماً، وإلا حرم.

أمّا التجارة بالوديعة، فإنها تحرم في حالين:

ـ إن كانت مقوماً.

ـ أو كانت مثليّاً والتاجر معدماً في المثلي، وإلا كره. أي: فالكراهة بأن كان المال مثلياً والتاجر مليئاً غير سيئ القضاء ولا مستغرق الذمم. ووجه الكراهة هنا أنّ صاحب الوديعة إنّما دفعها ليحفظها عليه لا لينتفع بها[2].

وَيكون الربْحُ الحاصل من التجارة للمودع ـ بالفتح ـ، كانت التجارة حراماً أو مكروهاً. وردَّ على ربها مثل المثلي وقيمة المقوم.

ويبرأ متسلف الوديعة وكذا التاجر فيها بلا إذن، إنْ رَدَّ المِثْلِيّ لمَحلّه الذي أخذه منه، سواء كان المثلي نقداً أو غيره، وسواء كان السلف له مكروهاً كالمليء أو محرماً كالمعدم، فإن تلف بعد ردّه فلا ضمان عليه. ووجه عدم ضمانه أنّ الذي أوجب عليه الضمان هو تعدّيه بالأخذ، فإذا ردّها فقد زال التعدّي، فسقط الضمان، أي: سقط الضمان بزوال سببه الموجب له؛ ولأنّه حافظ للوديعة على الوجه الذي أمر به، فلم يلزمه ضمان قياساً على حال الابتداء؛ ولأنّ للمتسلّف تأويلاً من فعل الصحابة فقد كان بعضهم يتسلّف أموال الأيتام وهي أمانة في أيديهم[3]، إلّا أنّ الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يفعلون ذلك ليحفظوها من الهلاك، فعن ابن عمر أنّه كانت تكون عنده أموال يتامى فيتسلّفها ليحرزها من الهلاك، وهو يخرج زكاتها من أموالهم[4]؛ وعن معمر قال: سئل الزهري عن مال اليتيم كيف يصنع؟ قال: كلّ ذلك كان يفعل، منهم من يستسلفه فيحرزه من الهلاك[5].

---

(1) المعونة: 2/ 1207، والمنتقى: 5/ 279.
(2) المعونة: 2/ 1207، والمنتقى: 5/ 279.
(3) الإشراف: 2/ 624، والمعونة: 2/ 1206، والمنتقى: 5/ 280.
(4) أخرجه البيهقي في الوصايا، باب ما يجوز للوصي أن يصنعه.
(5) أخرجه عبد الرزاق في الزكاة، باب كيف يصنع بمال اليتيم.

وهذا بخلاف المقوّم فلا يبرأ بذلك؛ لأنه بتصرفه فيه وفواته لزمته قيمته لربه؛ ولأنّ القيمة محتاجة إلى اجتهاد وحكم، فلا يقبل حكمه لنفسه، وأمّا المثل فلا اجتهاد فيه[1].

ويصدّق المتسلّف في رَدهِ لمحله إنْ حَلَفَ، إذا لم تقم له بينة، فالقول له بيمينه أنه ردّه.

والبراءة للمتسلف المذكورة فيما إذا تسلفها تسلفاً غير جائز، فإن تسلّفها تسلّفاً جائزاً، بأن تسلفها بإذْنٍ من ربها، أو يَقُولَ له ربّها: إنْ احتَجْتَ فَخُذْ، فأخذ، فلا يبرأ إلا بردّها لِرَبها، ولا يبرئه ردّها لمحلها؛ لأنها بالإذن انتقلت من الأمانة إلى الدين في الذمة.

وهذا كالمقَوَّمِ فإنه إذا تسلفه فلا يبرأ إلا برده لربه كما تقدم.

وإذا أخذ البعض من الوديعة بإذن أو بلا إذن، ضَمِنَ المأخُوذ فَقَطْ على التفصيل المتقدم، وما لم يأخذه لم يضمنه، رد إليه ما أخذه أم لا.

اشتراط الضمان فيما لا ضمان فيه في الوديعة:

لا يضمن المودع إن شَرَطَ عليه الضَّمانَ فيما لا ضمان فيه، بأن كان مما لا يغاب عليه، أو قامت على هلاكه بينة، فلا يعمل بالشرط ولا ضمان. ودليل بطلان شرط الضمان[2]:

أ ـ القياس على الشركة والوكالة؛ لأنّ جعل ما أصله أمانة لا يصير مضموناً.

ب ـ أنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد؛ لأنّ العقد يقتضي عدم الضمان، فلا يلزم كسائر الشروط المنافية لمقتضى العقود.

النفقة على الوديعة:

إذا أودع رجل عند آخر بهيمة، ولم يأمره أن يعلفها، لزم المودع ـ بالفتح ـ أن يعلفها أو يرفعها إلى الحاكم فيتداين على صاحبها في علف، أو يبيعها عليه إن كان غاب، فإن تركها ولم يعلفها فتلفت ضمنها. والدليل[3]:

أ ـ أنّه مأمور بحفظ الوديعة، وذلك يتضمّن حراستها في علفها، كما لو رآها تقترب من بئر لتتردّى فيه وجب عليه حمياتها وإنقاذها.

ب ـ أنّ صون البهائم عن تعذيبها بالجوع ونحوه حق لله تعالى، فإذا لم يفعل ذلك أثم. وحقّ الله تعالى لا يتوقّف فعله على إذن الخلق.

---

(1) المعونة: 2/ 1206، والذخيرة: 9/ 138. (2) الإشراف: 2/ 626.

(3) الإشراف: 2/ 625، والذخيرة: 9/ 151.

مخاصمة السارق:

إذا سرقت الوديعة لم يكن للمودع ـ بالفتح ـ أن يخاصم السارق إلّا بتوكيل من المالك؛ لأنّ الخصومة فيها للمالك، والمودع ليس بمالك ولا مفوّض إليه؛ لأنّ الإيداع استحفاظ وائتمان، فلا يتضمّن الخصومة[1].

وفاة المودَع:

إذا توفي المودَع أُخِذَت الوديعة مِنْ تَرِكَتِهِ[2]، حيث ثبت أنّ عنده وديعة، إذا لم توجد بعينها، ولم يُوصِ بِهَا قبل موته، لاحتمال أنّه تسلفها وهو الأقرب، أما احتمال ضياعها فهو بعيد، إذ لو ضاعت لتحدّث بضياعها قبل موته. إلا أنّه إذا مضت عشرة أعْوَام من يوم الإيداع، فلا تؤخذ من تركته، إذا لم توجد، ولم يوص بها، ويحمل على أنه ردها لربها.

وهذا إنْ لم تَكنْ أودعت ببَينة مقصودة للتوثيق، فإن أودعت ببيّنة مقصودة للتوثّق أخذت من تركته مطلقاً ولو زاد الزمن على العشرة سنين.

ومعنى الأخذ هنا أنّه يأخذ عوضها من قيمة أو مثل، ويحاصص صاحبها بذلك مع الغرماء.

فإن أوصى بها المودع لم يضمنها، فإن كانت باقية أخذها ربّها، وإن تلفت فلا ضمان. ومثل إيصائه ما لو قال: هي بموضع كذا، ولم توجد، فلا يضمن، وتحمل على الضياع؛ لأنه بقوله: هي بموضع كذا كأنه إقرار بأنه لم يتسلفها، وهو مصدّق لكونه أميناً.

ومن مات وعنده وديعة مكتوب عليها: هذه وديعة فلان بن فلان، فإنّ صاحبها يأخذها بسبب تلك الكتابة، بشرط أنْ يثبت أنَّ الكتابة خَطُّ المالك أو خَطُّ المَيتِ، ولو وجدت أنقص ممّا كتب عليها، وكان النقص في مال الميت إن علم أنّه يتصرّف في الوديعة، وإلّا لم يضمن. ومثل الكتابة البيّنة، بل هي أولى. أمّا بالأمارة فلا يأخذها بها لاحتمال أنه رآها سابقاً.

وفاة الرسول المرسل بالوديعة:

إذَا لم يَصِلْ الرسول بأن مات قبل وصوله لبَلَدِ المُرْسلِ إلَيْهِ، فإنّ الوديعة تؤخذ مِنْ تركةِ الرَّسُولِ إذا لم توجد بعينها، لاحتمال أنّه تسلّفها. فإن مات بعد وصوله فلا يضمن، أي: لا تؤخذ من تركته، لاحتمال أنه دفعها لربها بعد الوصول إليه. ومثل الوديعة الدين والقراض.

---

(1) الإشراف: 2/ 626، والذخيرة: 9/ 185.

(2) مثل الوديعة من تصدّق على ابنه الصغير بثياب أو غيرها، وأراها للشهود وحازها للولد تحت يده، ثم مات ولم توجد في تركته.

وحاصل المسألة: أن الرسول إن كان رسول ربّ المال، فالدافع يبرأ بمجرد الدفع إليه، ويصير الكلام بين ربّ المال وورثة رسوله. فإن مات الرسول قبل الوصول أخذها من تركته. وإن مات بعده فلا رجوع له، لحمله على إيصالها لربها.

وإن كان الرسول رسول مَنْ عنده المال فلا يبرأ إلا بوصوله لربه ببينة أو إقرار من ربّ المال، فإن مات قبل الوصول رجع مرسله في تركته، وإن مات بعده فلا رجوع، وهي مصيبة نزلت بمن أرسله، لكونه يغرم المال مرة ثانية، إن ادّعى ربّ المال عدم الدفع له ولا بينة.

التنازع في ردّ الوديعة:

يصدّق المودَع ـ بالفتح ـ في دعواه التَّلَف والضَّيَاع؛ لأنّه استأمنه عليها والأمين يصدق.

كما يصدّق في دعواه أنه ردّها لربّها، وقد تقدّم الدليل على ذلك.

إلا أنه في دعوى الردّ، إذا أودعها ربّها عنده ببينة قصد بها التوثق، بأن يقصد بها أن لا تقبل دعواه الردّ إلا ببيّنة به، فلا يصدّق إن ادعى الرد حينئذٍ إلا ببينة، ووجه اشتراط البينة في الردّ في هذه الحال ما يلي[1]:

أ ـ أنّ المودع ـ بالكسر ـ لمّا أشهد على دفعها للمودع ـ بالفتح ـ تبيّن أنّه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردّها إليه، فإذا ادّعى ردّها فقد ادّعى براءته ممّا ليس بمؤتمن فيه، فلم يقبل منه إلّا ببيّنة.

ب ـ أنّ الضمان هو فائدة إشهاد صاحبها على الدفع، فإذا أزيل لم يبق للإشهاد فائدة. فإن قيل: فائدته أن لا يمكنه جحد الوديعة، فالجواب: أنّ دعوى ردّها بمنزلة جحدها، فهو يتوصّل إلى مراده.

ج ـ أنّ قبض المودع ـ بالفتح ـ الوديعة بالبيّنة حاثّ له على الإشهاد عند الدفع في مجرى العادة، فلمّا خالف العادة اتّهم.

ويشترط في البينة التي يقيمها المودع ـ بالكسر ـ قصد التوثق علم المودع بذلك. فلا يكفي البيّنة غير المقصودة، ولا المقصودة لشيء آخر غير التوثق، فيفيده دعوى الرد.

ومثل البينة المذكورة أخذ ورقة على المودع ـ بالفتح ـ بخطه، كما يقع الآن.

وَيحلف المتَّهم دون غيره، في دعوى التلف أو الضياع، أنها تلفت أو ضاعت وما فرط؛ ولَوْ شَرَطَ المتّهم عند أخذها نَفْيَ اليمين عنه، فإنه لا يفيده ويحلف؛ لأنّ

---

(1) الإشراف: 2/ 624، والمعونة: 2/ 1204، والمقدمات: 2/ 459، وبداية المجتهد: 2/ 342، والذخيرة: 9/ 145.

هذا الشرط يقوّي التهمة. فإن نكل غرم بمجرد نكوله، ولا تتوجه اليمين على ربّها لأنّها دعوى اتّهام.

والمتهم قيل: هو من يشار إليه بالتساهل في الوديعة، وقيل: هو من ليس من أهل الصلاح.

ويحلف أيضاً إذا حقق ربّ الوديعة الدعوى على المودع، بأن علم بأنه فرّط أو أنها لم تتلف وادعى المودع الرد أو التلف أو عدم التفريط، فلربها تحليفه وإن لم يكن متهماً. فإنْ حلف برئ ظاهراً، وإن نكل حلف ربّها وأغرمه؛ لأن يمين التحقيق ترد.

ولا يصدّق المودَع - بالفتح - إذا ادعى أنه ردّها على وارث ربّها إلا ببينة. ولا يصدّق وَارث المودع - بالفتح - في الرَّدِ عَلَى مالكها الذي هو المودع - بالكسر -، أو في الردّ على وارث مالكها إلا ببيّنة.

والحاصل: أن صاحب اليد المؤتمنة إذا ادعى الردّ على صاحب اليد الذي ائتمنه صدق ولا ضمان، وأن الوارث إذا ادعى الرد على ربها أو على وارثه، أو ادّعى صاحب اليد المؤتمنة الردّ على وارث ربّها فلا يصدق ويضمن.

ولا يصدّق رَسُولٌ في الدَّفْع لمن أرسل إليه المال إذا أنكر، إلا ببينَة. إلّا إذا شَرَطَ الرَّسُولُ على من دفع له المال عدم البينة عند الدفع فتنفعه. ويضمن بقَوْلِهِ لربها: ضَاعَتْ قَبْلَ أَنْ تَلْقَانِي، بَعْدَ امتِناعِهِ مِنْ دَفْعِهَا له ولو لعذر، كاشتغاله بأمر؛ لأنّ سكوته عن بيان تلفها دليل على عدمه، إلا أن يدعي أنه إنما علم بالتلف بعد أن لقيه فيصدق بيمين.

وكذا يضمن إن قال: تَلِفَتْ بعد أن لقيتني، إنْ مَنَعَ دفعها له بلَا عُذْرٍ ثابت، فإن امتنع من دفعها لعذر قام به وثبت، لم يضمن.

أما إنْ قَالَ: لا أدْري مَتَى تَلفت، أي: قبل أن تلقاني أو بعده، كان هناك عذر من الدفع أم لا. فلا يضمن، ويحلف المتهم.

أخذ المودَع أجرة:

يجوز للمودَع - بالفتح - أخذ أجْرَة المَحَلّ الذي توضع فيه الوديعة، إن كان مثله أي: المحلّ تؤخذ أجرته.

أمّا أجرة حِفْظِهَا فلا يجوز له أخذها؛ لأن حفظ الوديعة من قبيل الجاه، والجاه لا أجرة له كالقرض والضمان. لكن إن اشترطَ فيعمل به؛ لأن الحفظ ليس من الجاه حقيقة، وإنما هو يشبهه في الجملة، وهذا كما قال ابن عبد السلام: «الأولى أن يقال: إنما منع أخذ الأجرة على الحفظ لأن عادة الناس أنهم لا يأخذون لحفظ الودائع أجرة». والحاصل أنه لا فرق بين أجرة المحلّ وأجرة الحفظ في الحكم على المعتمد، بل يقال فيهما: إن شرط الأخذ أو كان العرف الأخذ عمل به، وإلّا فلا.

أخذ المودَع حقّه من الوديعة:

إذا ظلم صاحب الوديعة المودَع ـ بالفتح ـ بمثْلِ الوديعة من سرقة أو خيانة أو غصب؛ فللمودَع ـ بالفتح ـ الأخْذُ من الوديعة بقدر حقه؛ ودليل الجواز[1]:

أ ـ قول تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194]. وهو نصّ قاطع في موضع الخلاف. وتسمية المقابلة بالمثل اعتداء هو من باب المجاز ومقابلة الكلام بمثله، والمقصود المكافأة.

ب ـ قوله تعالى: ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾ [البقرة: 194]. والحرمات جمع حرمة. وهي ما منع المؤمن من انتهاكه. والقصاص المساواة.

ج ـ عن عائشة ﵂ قالت: قالت هند أم معاوية لرسول الله ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سراً؟ قال: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»[2]، ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أباح لهند أن تأخذ مما تحت يدها من مال أبي سفيان دون علمه، لحقّ نفقتها ونفقة أولادها. ومعنى: «بالمعروف» أن تأخذ مقدار ما يجب لها، ولا تتعدّى فتأخذ أكثر ممّا يجب لها.

د ـ عن أنس بن مالك ﵁ قال، قال: رسول الله ﷺ: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»[3]. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ جعل نصر المظلوم باسترداد المرء حقّه من الظالم.

والمراد بأخذ المثل، أي: في القدر والجنس والصفة إن أمكن، وإلا فالعبرة بالقيمة.

ومحل جواز الأخذ بمثل حقه إنْ أمنَ الآخذ الرذيلة بنسبته إلى الخيانة، وأمن العُقُوبَةَ على نفسه من ضرب أو حبس أو قطع أو قتل كما يفعله أهل الجور، وإلا لم يجز؛ لأن حفظ الأعراض والجوارح واجب. وهذا القول هو الأرْجَح من القولين،

والقول الثاني: أنّه لا يجوز الأخذ، والدليل[4]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 57].

ب ـ قول النبي ﷺ: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[5].

---

(1) الإشراف: 2/ 984، والمقدمات: 2/ 458، والذخيرة: 9/ 158، والجامع لأحكام القرآن: 1/ 274.

(2) أخرجه البخاري في البيوع، باب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون عليه؛ ومسلم في الأقضية، باب قضية هند.

(3) أخرجه البخاري في المظالم والغصب، باب أعن أخاك ظالماً أو مظلوماً.

(4) الإشراف: 2/ 985، المقدمات: 2/ 458، والذخيرة: 9/ 159، وبلغة السالك: 2/ 204.

(5) سبق تخريجه.

وأجاب ابن رشد مؤيّداً القول الأول، بأنّ معنى «ولا تخن من خانك» أي: لا تتعدّى فتأخذ أزيد من حقك فتكون قد خنته ثانياً كما خانك هو أوّلاً؛ لأنّ من أخذ حقه الواجب له فليس بخائن، بل فعل المعروف الذي أباحه رسول الله ﷺ لهند بنت عتبة، فعلى هذا يخرج الحديثان جميعاً، ولا يحملان على التعارض.

وترْكُ الأخذ من الوديعة أَسْلَمُ للنفس والدين؛ لأنّ في الأخذ ريبة وفي الحديث عن الحسن بن علي رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[1]. والله أعلم.



(1) أخرجه الترمذي في صفة القيامة، باب منه.

الإعـــــارة

تعريف الإعَارَةُ لغة:

الإعارة مأخوذة من التَّعاور بمعنى التداول، فهي واوية فأصل عارية عَوَرِية، بفتحات، تخفف ياؤها وتشدد، تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً.

وقيل: من العُرُوّ بمعنى الإصابة والعروض، يقال: اعتراه كذا: بمعنى أصابه وعرض له. فأصلها عاروية بوزن فاعولة، قلبت الواو الثانية ياء لتطرفها والتاء في نية الانفصال، فاجتمعت الواو والياء وسبقت أحدهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء، هذا في المشددة. وأصل المخففة عاروة فاعلة فأبدلت الواو ياء لتطرفها.

وقيل: بمعنى الخُلوّ، يقال عَرَا عنه بمعنى خلا.

وأنكر على من قال إنّها من العار. وإنما أنكر عليه لأن فعلها أمر مندوب، والمستعير إن كان محتاجاً فليس عليه عار، والعار في المستقبح شرعاً وهذه ليست كذلك. ولأنها لو كانت من العار لكانت يائية ولقيل يتعيرون، مع أنهم قالوا يتعاورون، أي: يعير بعضهم بعضاً.

تعريف الإعارة اصطلاحاً:

الإعارة تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض.

ـ قوله: تَمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ، خرج به البيع؛ لأنه تمليك ذات، وكذا الهبة والصدقة والقرض. وخرج أيضاً تمليك الانتفاع؛ لأن ملك المنفعة أعمّ من ملك الانتفاع، كأن توقف بيتاً على طلبة العلم يسكنونه، ففيه تمليك انتفاع وليس فيه تمليك منفعة؛ لأنّ الانتفاع يكون بنفسه فقط، وليس له أن يؤاجره ولا أن يعيره لغيره؛ والمنفعة أعمّ من الانتفاع لأن له فيها الانتفاع بنفسه أو بغيره، كأن يعيره أو يؤاجره.

ـ قوله: «مُؤَقَّتَة»، أي: بزمن أو فعل نصّاً أو عرفاً.

ـ قوله: «بِلَا عِوَضٍ»، خرج به الإجارة.

ـ قوله: «مؤقتة»، خرج الحبس المطلق، وأما المؤقت بناء على المشهور من أنه يجوز في الحبس التوقيت، فهو وارد عليه. إلا أن يقال: المراد مؤقتة أصالة؛ فالأصل في العارية التوقيت، فلذا جعل فصلاً منها، والأصل في الحبس الدوام. ولذا اختلف فيه إذا وقّت هل يصح؟ والراجح الصحة.

حكم الإعارة:

الأصل في الإعارة الندب؛ لأنّها من التعاون على الخير والمعروف. فهي مندوبة إن وقعت من مالك الذات والمنفعة، أو من مالك المنفعة إن جعل له ذلك. ودليل الندب[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: 77].

ب ـ عن جابر وحذيفة رضي الله عنهما، قال النبي ﷺ: «كلّ معروف صدقة»[2].

ج ـ عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «العارية مؤداة»[3]. أي: واجبة الأداء.

د ـ عن صفوان بن أمية أن رسول الله ﷺ استعار منه أدراعاً يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «لا بل عارية مضمونة»[4]. أي: تضمن بالتلف. وسيأتي الحديث عن ضمان العارية.

قال ابن رشد الجدّ: «إعارة المتاع من عمل المعروف وأخلاق المؤمنين، فينبغي للناس أن يتوارثوا ذلك فيما بينهم، ويتعاملوا به، ولا يتشاحوا به ويمنعوه. ومن منع ذلك وشحّ به فلا إثم عليه ولا حرج، إلّا أنّه قد رغب عن مكارم الأخلاق ومحمودها، واختار لئيمها ومذمومها»[5]. فهي غير واجبة، والدليل: عن أنس قال النبي ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»[6]. وأمّا قوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ۝٤ الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۝٥ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ ۝٦ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: 4 ـ 7]، فالمراد بالماعون الزكاة المفروضة، وهو قول مالك وجمهور أهل العلم، وليس المراد به عارية البيت الذي يتعاطاه الناس فيما بينهم من الفأس، والدلو، والحبل، والقدر، وأشباه ذلك؛ لأنّ الآيات ـ عند الإمام مالك ـ نزلت في المدينة في المنافقين، والوعيد بالويل يناسبهم، ويناسب أفعالهم التي وصفوا بها، وهي السهو عن الصلاة بتركها في خاصتهم، والرياء أي: بالتظاهر بها في الملأ، ومنع الزكاة[7].

---

(1) المعونة: 2/ 1208، والذخيرة: 6/ 199.

(2) حديث جابر أخرجه البخاري في الأدب، باب كلّ معروف صدقة. وحديث حذيفة أخرجه مسلم في الزكاة.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العرية؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء أنّ العارية مؤداة، وقال: حسن غريب؛ وابن ماجه في الصدقات، باب الكفالة. وهو صحيح بمجموع طرقه (انظر نصب الراية: 4/ 58، وتلخيص الحبير: 3/ 54).

(4) أخرجه أبو داود في البيوع، باب تضمين العرية؛ وأحمد في مسند القبائل: رقم 26352.

(5) المقدمات: 2/ 469.

(6) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الغصب، باب من لو غصب لوحاً، عن أنس.

(7) المقدمات: 2/ 469، الجامع لأحكام القرآن: 20/ 213، والذخيرة: 6/ 200، والتحرير والتنوير: 30/ 567.

وقد يعرض للإعارة الوجوب والحرمة والكراهة والإباحة.

ـ فالوجوب كغني عن شيء لمن يخشى بعدمه هلاكه.

ـ والحرمة ككون العاريّة تعينه على المعصية. والدليل[1]: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2].

ـ والكراهة ككونها تعينه على مكروه.

ـ والإباحة لغني عنها.

والعَارِيّة ـ بتشديد الياء ـ هي الشيء المُعَارُ، أي: المملّك منفعته.

أركان الإعارة:

أركانها أربعة: معير، ومستعير، ومستعار، وما دلّ عليها من لفظ أو غيره.

الركن الأول: المُعِير:

وهوَ مَالِكُ المَنفَعةِ، ولو لم يملك الذات. ويشترط فيه أن لا يكون محجوراً عليه. ووجه اشتراط هذا الشرط لأنّ العارية تبرّع، وهو محجور عليه في ذلك[2].

وخرج بهذا الشرط ما يلي:

* الصبيّ.
* السفيه.
* المريض إذا أعار عارية، قيمة منافعها أزيد من الثلث.
* مَنْ حجر عليه المالك صريحاً أو ضمناً، كما لو قامت قرينة على ذلك، نحو قوله: لولا أخُوَّتك ما أعرتك إياه. ويسمّى بالحجر الجعلي.
* الفضولي، فإنه ليس بمالك لشيء، وإنْ كان مالكاً لها بإعَارَةٍ، ولا حجر عليه كما تقدم. فتصح إعارته وإن كان لا ينبغي له ذلك. كما تصحّ إعارته وإن ملكها بإجَارَة، فتصح إعارته لها في مثل ما استأجرها له، ركوباً أو حملاً أو غيرهما.

الركن الثاني: المُسْتَعِير:

وهُوَ مَنْ كان أهلاً للتَّبرُّع عليه بتلك المنفعة. فلا يصحّ إعارة خادم مُسْلِمٌ أو مُصْحَف أو كتب أحاديث لكَافِرٍ، إذ الكافر ليس أهلاً لأن يتبرع عليه بذلك، وكذا آلة الجهاد إذا كان حربيّاً.

وكذا لا يجوز إعارة الأواني التي يستعملها أهل الفسوق لشرب الخمر، ولا إعارة الدواب للركوب لإيذاء المسلمين، ونحو ذلك من كلّ ما استلزم أمراً ممنوعاً.

---

(1) الذخيرة: 6/ 200.

(2) الذخيرة: 6/ 197.

الركن الثالث: المُسْتَعَار:

وهو ذو مَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ، من عرض أو حيوان أو عقار ينتفع به، مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ، ليردّ لربه بعد الانتفاع به. أما الطعام والشراب ليؤكل أو يشرب فلا يعار لأن فيه ذهاب عينه بذلك.

وإذا أعطيت العَيْنُ من دنانير أو دراهم للغير، وأعطي الطَّعَامُ والشراب للغير؛ فهو قَرْضٌ لا عارية، وإن وقع بلفظ العارية؛ لأن حقيقة العارية ما ردّت عينها لربّها بعد الانتفاع بها، وفي الانتفاع بما ذكر ذهاب العين فيضمنه ولو قامت بيّنة بهلاكه.

الركن الرابع: مَا يَدُلّ عَلَيْهَا:

من صيغة لفظية كأعرتك أو غيرها، كإشارة ومناولة ممّا يدل على الرضا. فكلّ ما يدلّ على تمليك المنفعة بغير عوض كاف، لكن لا تلزم العارية إلّا إذا قيدت بعمل أو أجل، كما سيأتي.

ويجوز أن يقول: أعِني بدابتك مثلاً في هذا اليوم أو الشهر، لأعِينكَ في غد مثلاً بدابتي؛ وهي حينئذٍ إجَارَةٌ لا إعارة؛ لأنها منافع بمنافع، وهي من الرفق، وسواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف، كبناء وحصاد، وسواء اتحد الزمن فيهما أو اختلف، فيشترط فيها تعيّن الزمن أو العمل كالإجارة. لكن يشترط أن يكون ما يقع به التعاون معلوماً بينهم وأن يقرب العقد من زمن العمل، فلو قال: أعنّي بدابتك غداً على أن أعينك بثوري بعد شهر ونصف مثلاً، لم يجز. بخلاف ما لو كان التأخير نصف شهر فأقلّ فيجوز. وإنما منع في أزيد من شهر لأنه نقد في منافع معيّنة يتأخر قبضها، وذلك غير جائز. ولا يقال: إنّ هذه العلّة موجودة فيما إذا كان بين العقد والعمل أقلّ من ذلك، فالجواب أنّ ذلك اغتفر للضرورة، وإن كانت العلّة موجودة[1].

لزوم عقد الإعارة:

يلزم عقد الإعارة إذا قيّد بأحد أمرين:

الأوّل: إذا قيّد بعَمَل، كطحن إردب، أو حمله لكذا، أو ركوب له.

الثاني: أو إذا قيّد بأجَل، كأربعة أيام أو أقل أو أكثر. وليس لربّ العاريّة أخذها قبل ذلك؛ والدليل: القياس على الهبة؛ لأنّ المدّة قد صارت حقّاً للمستعير، فلم يكن للمعير الرجوع فيها، كما ليس له الرجوع في الهبة[2].

ويستمرّ العقد لانقِضَاء العمل أو الأجل، فليس لربها أخذ المستعار قبله، سواء كان المستعار أرضاً لزراعة، أو سكنى، أو لوضع شيء بها، أو كان حيواناً لركوب أو

(1) حاشية الدسوقي: 3/ 436، وبلغة السالك: 2/ 206.

(2) المعونة: 2/ 1209.

حمل أو غير ذلك، أو كان عرضاً. والدليل على عدم جواز الرجوع[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

ب ـ عن جابر وحذيفة رضي الله عنهما[2]، قال النبي ﷺ: «كلّ معروف صدقة». ووجه الاستدلال أنّ الصدقة لا يجوز الرجوع فيها، والإعارة صدقة.

ج ـ القياس على العمرى؛ لأنّ المعير قد ملّكه الانتفاع مدّة معلومة، وصارت العين في يده بعقد مباح، فلم يكن له الرجوع فيها بغير اختيار المملّك قياساً على العمرى.

فإن لم تقيّد الإعارة بعمل أو أجل بل أطلقت فَلَا تلزم، ولربّها أخذها متى شاء. ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة على المعتمد. وقال القاضي عبد الوهاب: تلزم وليس له الرجوع فيها إلّا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها؛ وعلّل ذلك بأنّ العارية هي هبة المنافع أو تمليكها، فإن كانت مدّة معلومة انحصرت عليها، وإلّا لزم من ذلك ما ينتفع في مثله من المدّة؛ لأنّه لو جاز للمعير أخذها قبل ذلك لكان رجوعاً في العارية؛ لأنّه قد جعل على نفسه إباحة المنفعة، وقد ملك ذلك المستعير، فلم يكن للمعير إبطاله عليه[3].

ضمان المستعار:

العارية في هذا نوعان:

الأوّل: نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى، أي: كان ممّا لا يغاب عليه، كالعقار والحيوان. فهذا لا يضمن المستعير فيه، ولَوْ شَرَطَهُ عليه المعير، وهو المعتمد. ويلزم في ذلك ـ أي: مع هذا الشرط ـ إجارة المثل في استعمال المستعير العارية؛ لأنّ الشرط يخرج العارية عن حكم العارية وسنّتها إلى باب الإجارة الفاسدة؛ لأنّ ربّ العارية لم يرض أن يعيرها المستعير إلّا بشرط أن يحوزها في ضمانه، فهو عوض مجهول يردّ إلى المعلوم[4].

ولا يضمن في هذا النوع إلّا بالتعدّي. وإذا لم يضمن الحيوان فإنه يضمن سرجه ولجامه؛ لأنّها يغاب عليهما. وخلاف المعتمد قول مطرف: إذا شرط المعير الضمان لأمر خافه من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو نحو ذلك، فالشرط لازم إن هلكت بالأمر الذي خافه.

الثاني: نوع يخفى هلاكه ويغاب عليه، كالحلي والثياب ممّا شأنه الخفاء. ففي

---

(1) الإشراف: 2/ 623.

(2) سبق تخريجه.

(3) المعونة: 2/ 1209.

(4) المقدمات: 2/ 473، وبداية المجتهد: 2/ 346.

هذا يضمن المستعير ما استعاره، إن ادّعى ضياعه، إذا لم يعلم ذلك إلّا بقوله، إلا لبيّنة على ضياعه بدون سببه، خلافاً لأشهب حيث قال بالضمان.

ويتعلّق به الضمان ولو شَرَطَ نفي الضمان عن نفسه، على الأرجح. وقيل: إن شرط نفيه أفاده فلا ضمان عليه. وعلى كلا القولين لا يفسد عقد العارية بهذا الشرط.

وقد تعارضت الأدلّة في ضمان المستعير للمستعار وعدم ضمانه. ومنهج الإمام مالك في ذلك هو الجمع بين الأدلّة ما أمكن ذلك. والأدلّة حسب ذلك نوعان، وهي[1]:

النوع الأوّل:

أ - عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، عن النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان»[2]، وظاهره أنّه لا ضمان على المستعير بحال. لكن تأوّله المالكية وحملوه على ما لا يغاب عليه، ولا فيما يغاب عليه وعلم هلاكه وقامت البيّنة على تلفه من غير تفريط. ومعنى «غير المغلّ» من الغلول وهو التعدّي.

ب - عن سمرة بن جندب ﷺ، عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[3]. ووجه الاستدلال أنّ الأداء الذي أوجبه الحديث إنّما يكون مع بقاء العين المستعارة، فأمّا مع تلفها فلا يصحّ الأداء. ولا يجوز حمل الحديث على القيمة؛ لأنّه لم يجر لها ذكر، ولأنّه إنّما أوجب أداء ما أخذت اليد، واليد لم تأخذ القيمة. وهذه الاستدلالات بهذا الحديث مرجّحة لما حمل عليه الحديث السابق.

ج - القياس على الأجير؛ لأنّ المستعير مأذون له كالأجير.

د - أنّها بهذا المعنى أخذت شبهاً بالأمانة؛ لأنّ المالك بذل للمستعير العاريّة متطوّعاً بها من غير عوض، فلم يضمن المستعير مع عدم التعدّي والتفريط.

هـ - أنّ ما لا يغاب عليه، وهو ظاهر للعين، قويت فيه شائبة الأمانة فلم يضمّن.

النوع الثاني:

أ - قوله ﷺ في قصّة صفوان بن أمية: «بل عارية مضمونة»[4]، وظاهره أنّ

(1) الإشراف: 2/ 622، والمعونة: 2/ 1208، والمقدمات: 2/ 471، وبداية المجتهد: 2/ 346، والذخيرة: 6/ 202.

(2) أخرجه الدراقطني في البيوع؛ والبيهقي في العارية، باب من قال: لا يغرم. وفيه عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان، وهما ضعيفان (نصب الراية: 4/ 115).

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية؛ والترمذي في البيوع، حديث 1266؛ وابن ماجه في الصدقات، حديث 2400. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(4) سبق تخريجه.

المستعير يضمن العارية، قامت البيّنة على التلف أو لم تقم، كان مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه. لكن تأوّله المالكية وحملوه على ما يغاب عليه، إذا لم يقم على التلف بيّنة ولم يعلم هلاكه إلّا بقول المستعير.

قال ابن رشد الجدّ: «على أنّ لفظ هذا الحديث من الألفاظ التي لا تستقلّ بأنفسها، فلا يصحّ الاحتجاج بها على وجوب الضمان؛ لأنّ ما لا يستقلّ بنفسه فوجهه أن يقصر على سببه، ولا يحمل على عمومه، لا اختلاف بين أهل العلم بالأصول في ذلك. وإنّما اختلفوا في اللفظ العام المستقلّ بنفسه إذا ورد على سبب، هل يقصر على سببه أو يحمل على عمومه على قولين، الأصحّ منهما عند أهل النظر حمله على عمومه». واستدلّ فقهاء المذهب على عدم دلالة ظاهر هذا الحديث على وجوب الضمان في كلّ حال بوجوه:

الأول: أنّ اللفظ ورد غير مستقلّ بنفسه؛ لأنّه جاوبه ردّاً على سؤاله، فجاء كلامه على هذا السياق: «بل عارية مضمونة»[1]، وإنّما كان يصحّ الاحتجاج بظاهر هذا الحديث في وجوب الضمان في كلّ حال لو قال: العارية مضمونة.

الثاني: أنّ الحديث ورد بلفظ آخر، وهو: «بل عارية مؤدّاة»[2]، فنفى الضمان وأوجب الأداء. لكنّ ابن رشد الجدّ جوّز الاعتراض على هذا الوجه بأنّ للقائل أن يقول: إنّ هذه زيادة ـ أي: لفظ: «مضمونة» ـ، والزيادة من الثقة مقبولة.

الثالث: أنّ رواية «بل عارية مضمونة»[3] تحتمل أن تكون التزاماً من النّبيّ ﷺ للضمان، لا إخباراً عن وجوبه، فلا يتعدّى لغيره ﷺ.

الرابع: أنه روي أنّ السلاح والأدرع كان وديعة عنده لأهل مكّة، وإعارة ما لا يملك فيه الضمان.

الخامس: احتمال أن يكون معناه: أنّها مضمونة الردّ، احترازاً من الغصب.

السادس: أنّه ورد في الحديث أنّه ضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له؛ فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب[4]. ولو كان الضمان صفة للعارية لم يعلّقه على مشيئته، وإنّما ضمنها له حسن عشرة وترغيباً له في الإسلام.

ب ـ ما روي أنّ بعض نسائه استعارت قصعة فانكسرت فغرمها النبي ﷺ. فهو محمول على ما يغاب عليه، وأن هلاكها كان بسبب المستعير؛ لأنّه روي أنّه كان فيها طعام أهدته إليه بعض أزواجه ﷺ، فاستلذّ الطعام، فغارت عائشة رضي الله عنها، فكسرتها

---

(1) سبق تخريجه.

(2) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه أحمد في مسند القبائل: رقم 26352.

عمداً. فعن أنس أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادمها قصعة فيها طعام، قال: فضربت بيدها فكسرت القصعة. فأخذ النبي ﷺ الكسرتين، فضم إحداهما إلى الأخرى، فجعل يجمع فيها الطعام ويقول: «غارت أمكم كلوا» فأكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته[1]. وعن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها؛ فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»[2].

ج ـ القياس على القرض؛ لأنّ القبض في العارية لمنفعة القابض، فجاز أن يتعلّق بها الضمان كالقرض.

د ـ أنّ ما يغاب عليه قويت فيه شائبة الضمان بالتهمة فضمّن، إلّا إذا ثبت عدم تعدّيه.

ووجه القول بعدم الضمان إن قامت بيّنة على ضياعه بدون سببه؛ أنّ ضمان العواري ضمان تهمة ينتفي بإقامة البيّنة على المشهور.

ووجه قول أشهب بالضمان أنّ ضمان العواري ضمان عداء لا ينتفي بإقامة البينة؛ لأنّ أصله مأخوذ على الضمان لا على الأمانة، فلم ينتقل عن أصله، حسماً للباب وسدّاً للذريعة[3].

التنازع بين المعير والمستعير:

إذا تلف المستعار أو ضاع، وكان مما يغاب عليه؛ فالقَوْلُ للمستعير فيصدّق ولا ضمان عليه، إلا لقَرِينَةِ كَذِبِهِ، كأن يقول: تلف أو ضاع يوم كذا، فتقول البينة: رأيناه معه بعد ذلك اليوم، أو تقول الرفقة التي معه في السفر: ما سمعنا ذلك ولا رأيناه.

ويحلف ما فَرَّطَ، إن ادّعى عليه المعير أنه إنما حصل التلف أو الضياع أو العيب الذي قام به بتفريطه، سواء كان ممّا يغاب عليه أم لا، كسوس وقرض أَرَضَة أو فأر أو بلل أو دهن أو حبر أو نحو ذلك بالمستعار كثوب وكتاب.

وإذا تنازعا في ردّ المستعار، فالقول للمستعير في رَدّه، مَا لَمْ يَضْمَنْ لربه، وهو

---

(1) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

(2) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

(3) المعونة: 2/ 1209.

ما لا يغاب عليه كالحيوان، إلَّا لبيِّنَة مَقْصُودَةٍ أشهدها المعير عند الإعارة لخوف ادعاء المستعير الردّ، فحينئذٍ لا يقبل قوله بردّها إلا لبينة تشهد له بردّها لربّها، ووجه طلب الإشهاد هنا لقبول قول المستعير الردّ: لأنّ العارية هنا تضمن لأنّ المعير أشهد عند الإعارة[1].

وإذا استعار رجل من آخر ما لا يغاب عليه كدابة، ثمّ ردّها إلى اصطبله ولم يدفعها إليه أو إلى من يجري مجراه من وكيل مفوّض إليه، لم يسقط عنه الضمان؛ لأنّ الضمان إنّما يسقط بالردّ إلى صاحب العارية أو من يده كيده، وردّه إلى اصطبله لا يجري مجرى ردّه إلى يده، فكان كما لو أسلمها إلى أجنبي[2].

وفيما يغاب عليه، فهو بالأولى.

ومن حق المستعير الإشهاد على الردّ، وإن قبضها بغير إشهاد، بخلاف الوديعة؛ لأنّ العارية يتعلّق بها الضمان بخلافها[3].

تصرّف المستعير فيما استعاره:

يجوز للمستعير أن يفعل الفعل المأْذُونَ له فيه، وأن يفعل مِثْلَهُ، كأن استعار دابة ليركبها لمكان كذا فركبها إليه من هو مثله، أو ليحمل عليها أردب فول فحمل عليها أردب قمح. وأما الذهاب بها في مسافة أخرى مثل ما استعارها لها فلا يجوز، ويضمن إن عطبت كالإجارة على قول ابن القاسم وهو الأرجح. فالمعتمد أنّ المراد بالمثل الذي يباح للمستعير فعله، المثل في المحمول لا في المسافة، فإنّه ممنوع فعله هنا، كالإجارة هنا على المعتمد، لما في كلّ منهما من فسخ المنافع في مثلها، وهو فسخ دين في دين[4].

ولا يجوز له أن يفعل ما هو أَضَرّ ممّا استعارها له، ولو كان ذلك الإضرار أقلّ في الوزن أو في المسافة.

ثم إذا حمل عليها تارة ما تعطب بمثله وتارة ما لا تعطب به. وفي كلّ: إما أن تعطب وإما أن تتعيّب وإما أن تسلم؛ فإنْ زَادَ مَا تَعْطبُ به وعطِبَتْ فلربها قِيمَتُهَا وقت الزيادة عليها؛ لأنه وقت التعدي، أو له كراء الزائد فقط، وخيرته تنفي ضرره. ومعرفة الزائد أن يقال: كم يساوي كراؤها فيما استعارها له، فإذا قيل: عشرة، قيل: وكم يساوي كراؤها فيما حمل عليها، قيل: خمسة عشر؛ دفع إليه الخمسة الزائدة على كراء ما استعيرت له.

---

(1) المقدمات: 2/ 474.

(2) الإشراف: 2/ 623.

(3) الذخيرة: 6/ 219.

(4) حاشية الدسوقي: 3/ 436، وبلغة السالك: 2/ 207.

فإن زاد ما لا تعطب به، وعطبت أو تعيبت أو سلمت، أو ما تعطب به وسلمت؛ فله الزائد فقط في الأربع صور.

وبقي السادسة: وهي ما إذا زاد ما تعطب به فتعيبت، فله الأَكْثَرُ مِنَ الكِرَاءِ للزائد، وقِيمة العَيْبِ، أي: أرشه يلزم المستعير.

وهذا الكلام في زيادة الحمل وأما المسافة فكالإجارة، فإن عطبت ضمن قيمتها، وإن سلمت فكراء الزائد، وإن تعيبت فالأكثر من كراء الزائد وأرش العيب.

والفرق بين زيادة الحمل والمسافة، أن زيادة المسافة محض تعدّ مستقلاّ منفصلاً، بخلاف زيادة الحمل فإنه مصاحب للمأذون فيه.

تعهّد العارية والوديعة والرهن:

يجب على المستعير والمودع ـ بالفتح ـ والمرتهن تعهّد ما في أماناتهم، مما يخاف عليه ترك التعهّد؛ لأنّ هذا من باب صيانة المال. وإن لم يفعلوا عدّوا مفرّطين وضمّنوا.

ادعاء شخص أنه مرسل للاستعارة:

إذا زَعَمَ شخص أنه مُرْسَلٌ للاستعارة، بأن قال: أرسلني فلان لاستِعَارَةِ نَحْوِ حُلِيّ منكم له، فصدّق ودفع له ما طلب، فأخذه وادعى أنه تلف منه؛ فإنّ الذي يضمنه المُرْسلُ له إن صَدَّقَهُ في إرساله. فإن لم يصدقه حَلَفَ أنه ما أرسله وبَرِئَ؛ لأنّ الأصل عدم إرساله[1]، وضَمِنَ الرَّسُولُ، ولا يحلف إلّا لبَيِّنَة تشهد له أنه أرسله فلان، فالضمان حينئذٍ على من أرسله، ولا عبرة بيمينه الذي حلفه.

وإنْ اعتَرَفَ الرسول بالتَّعَدي، وأنه لم يرسله أحد ضَمِنَ إنْ كانَ رَشِيداً، لا صبيّاً ولا سفيهاً، إذ لا ضمان عليهما، ويضيع المال على المعير لتفريطه، كان المستعار مما يغاب عليه أم لا.

مؤنة العارية:

تكون على المسْتَعِير مُؤْنَةُ أخْذِ العارية من محلّ ربها إن كان يحتاج لمؤنة، والدليل[2]: ما روي عن عروة بن الزبير، أنّ رسول الله ﷺ قال لصفوان بن أمية: «اكفنا حملها»، فحملها صفوان[3].

وكذلك عليه مؤنة رَدّهَا؛ لوجوب تسليم العارية لصاحبها، أي: ما لا يتمّ الواجب إلّا به فهو واجب[4]. وقيل: مؤنة الردّ على المعير؛ لأنّه صنع معروفاً فلا يأخذ عليه

(1) الذخيرة: 6/ 209.
(2) المقدمات: 2/ 474، الذخيرة: 6/ 219.
(3) أخرجه البيهقي في قسم الصدقات، باب من يعطى من المؤلفة.
(4) الذخيرة: 6/ 219.

أجراً؛ ولأنّ منفعة الردّ تختصّ به بخلاف النقل إلى المستعير[1].

ويكون العَلَفُ وهي عند المستعير عَلَى رَبّهَا، لا على المستعير. وقيل: على المستعير؛ لأن ربّها فعل معروفاً فلا يليق أن يشدّد عليه[2]. والقولان ذكرهما الشيخ خليل بلا ترجيح. والمعتمد أنّ علفها على ربّها[3].

ردّ الأرض المستعارة:

إذا غرس المستعير وبنى في الأرض المستعارة، ثمّ انقضت المدّة المؤقّتة، فالمالك بالخيار إن شاء أخذ المستعير بقلع غرسه وبنائه، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعاً إذا كان ممّا له قيمة بعد القلع، وسواء شرط ذلك في العقد أو لم يشترط. والدليل على مطالبة المستعير بإخلاء الأرض[4]:

أ ـ القياس على كراء الدار؛ أنّ المستعير إذا ردّ العارية مشغولة بملكه وجب أن يؤخذ بإزالته عنه، أصله إذا ردّ الدار وفيها متاع.

ب ـ أنّ ما هو من موجب الشيء لا يحتاج إلى شرط، ومن موجب العارية أن يردّها فارغة ليتمكّن المالك من الانتفاع بها.

ج ـ أنّ عدم إخلاء المستعير الأرض من بنائه وغرسه هو من معنى تبقية بعض العارية في يده؛ لأنّ موضع الغراس أو البناء لا يمكن للمالك أن ينتفع به، ولا أن يغرس فيه شيئاً، ولا أن يبني فيه، فصار كمن استعار متاعاً ثمّ ردّ بعضه وبقي البعض في يده، فيلزمه ردّه.

د ـ أنّه داخل على النقض والقلع عند حلول الأجل.

ميراث العارية:

إذا استعار أرضاً عشر سنين ثم مات، فورثته بمنزلته، قبض أم لا؛ لأنّه حقّ له بالعقد؛ وإن مات المعير قبل القبض بطلت العارية، وذلك قياساً على الهبة، كما سيأتي في بابها إن شاء الله.



(1) الذخيرة: 6/ 219.
(2) بلغة السالك: 2/ 208.
(3) بلغة السالك: 2/ 208.
(4) الإشراف: 2/ 623، وبداية المجتهد: 2/ 346، والذخيرة: 6/ 214.

الغصب والتعدّي والاستحقاق

الغصب

تعريف الغصب لغة:

الغصب لغة أخذ الشيء ظلماً؛ أي: بغير رضا صاحبه، عيناً أو منفعة. يقال: غصبه منه وغلبه عليه سواء. والاغتصاب مثله. فمعنى الغصب لغة أعمّ منه شرعاً[1].

تعريف الغصب اصطلاحاً:

قال ابن الحاجب ﷺ: الغَصْبُ أخذُ مال قهراً تعَدّياً بلا حِرَابَة.

فقوله: «أخذ مال» فأخذ جنس يشمل الغصب وغيره، كأخذ إنسان ماله من مودع أو مدين أو غير ذلك. وهو من إضافة المصدر لمفعوله والفاعل محذوف: أي: أخذ آدمي مالاً. أي: استيلاء عليه. وليس الأخذ الحسّي بالفعل لازماً، بل متى حال الظالم بين المال وربّه، ولو أبقاه بموضعه الذي وضعه فيه ربّه كان غاصباً.

والمقصود بالمال الذات، فخرج به التعدّي وهو الاستيلاء على المنفعة فقط، كسكنى دار وركوب دابة، ومن استيلاء على ذات الدار أو الدابة، أي: ولم يكن قاصداً تملك الذات، وإلّا كان غصباً. ولذلك قال ابن عرفة في تعريفه: أخذ مال غير منفعة.

وقوله: «قهراً» خرج به الأخذ اختياراً، كان المأخوذ مال نفسه، كأخذ الدين من المدين والوديعة من المودع؛ أو كان المأخوذ مال المأخوذ منه كالسلف والهبة؛ أو كان المأخوذ شامل لهما كالعارية، ففيها أخذ المستعير من المعير، وأخذ المعير من المستعير.

وخرج به السرقة والاختلاس والخيانة، فإن السارق حال الأخذ لم يكن معه قهر ومثله المختلس والخائن، وإن كان معهم تعدّ. والسارق هو الذي يأتي خفية ويذهب خفية؛ والمختلس هو الذي يأتي خفية ويذهب جهرة؛ والخائن هو الذي يأتي جهرة ويذهب جهرة.

وقوله: «تعدّياً» خرج به أخذ ما ذكر من العارية والدين والوديعة والرهن والزكاة

(1) الذخيرة: 8/ 257.

من ممتنعين قهراً؛ لأنّه أخذ قهراً بحقٍّ، حيث أنكر أوّلاً من هي عنده، أو من غاصب قدر عليه وأخذ شيئه من عنده ونحوه كالمتعدّي على المنفعة.

وذكر الشيخ الدسوقي أنّ ممّا يخرج بقيد التعدّي أيضاً أخذ الأب الغني وكذلك الجدّ من مال ابنه قهراً عنه، فلا يسمّى غصباً؛ لأنّ المتعدّي من لا شبهة شرعية له في الأخذ، والأب والجدّ لهما شبهة، لما روي عن جابر بن عبد الله أن رجلاً قال: يا رسول الله إنّ لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي؛ فقال ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[1]؛ وحينئذ فلا يحكم لذلك بحكم الغصب، وهو الحرمة والأدب. واعترض عليه الشيخ علّيش بأنّ الإمام مالك نصّ على حرمة أخذ الأب مال ولده بغير رضاه، وأنّ الحاكم يؤدّبه بغير الحبس[2]. وتقدّم في باب الفلس.

وبقيت الحرابة، فأخرجها بقوله: «بلا حرابة». ووجه إخراجها أنها أخذ المال على وجه يتعذّر معه الغوث، وأحكامها مخالفة لأحكام الغصب من الجملة؛ لأنّ المحارب يقتل أو يصلب أو يقطع من خلاف أو ينفى من الأرض، وليس كذلك الغاصب.

واعترض ابن عبد السلام تعريف ابن الحاجب هذا بأنّ فيه تركيباً، وهو توقّف معرفة الحدّ على معرفة حقيقة أخرى ليست بأخص ولا أعم بل مباينة، أي: فلا يعرَّف الإنسان مثلاً بأنه حيوان غير فرس، فهذا التعريف من حقيقتين متباينتين وهو معيب عندهم، فلو قال بدله: بلا خوف قتل، لسلم من التركيب. ويجاب بأن هذا تعريف رسمي لا حدّ حقيقي، فيكون فيه ما يشعر بتمييز المحدود عن غيره. والتركيب معيب دخوله في الحدود لا في الرسوم.

والمراد بالأخذ: الاستيلاء عليه ولو لم يأخذه بالفعل، فمن استولى على مال شخص بأن منع ربه منه ولو لم ينقله من موضعه فهو غاصب.

حكم الغصب:

الغصب حرام، ودليل حرمته النصوص الواردة في الوعيد على الاعتداء على أموال الناس واغتصابها بدون وجه حقّ، وقد بلغت هذه النصوص من الكثرة والقطع بورودها ودلالتها، حتّى ارتفعت بها حرمة الغصب إلى ما هو معلوم من الدين بالضرورة. ومن الأدلة على ذلك ما يلي[3]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ

---

(1) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب ما للرجل من مال ولده. وقد اختلف في تصحيح الحديث.

(2) حاشية الدسوقي: 3/ 442.

(3) المقدمات: 2/ 487، والجامع لأحكام القرآن: 6/ 47، والذخيرة: 8/ 256.

وَرَآءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا ﴿٧٩﴾﴾ [الكهف: 79]. ووجه الاستدلال أنّ قول الرجل الصالح ورد في سياق الذمّ لفعل الملك الظالم.

ب ـ قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المائدة: 2]. والعدوان الظلم. وهو عام في العدوان على الأنفس والأموال وسائر الحقوق.

ج ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ﴾ [النساء: 29].

د ـ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا۟ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾﴾ [البقرة: 188]. والمراد بالأكل بالباطل في الآيتين الانتفاع والاستيلاء والأخذ لمال الغير بنية التملّك والانتفاع به. والمعنى: لا يأخذ بعضكم مال بعض بالباطل، أي: بما لا يحلّ شرعاً؛ لأنّ الشرع نهى عنه ومنع منه وحرّم تعاطيه[1].

هـ ـ قوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ﴿١﴾ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُوا۟ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ﴿٢﴾ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴿٣﴾﴾ [المطففين: 1 ـ 3]. فإذا كان هذا الوعيد الشديد لمن طفّف في المكيال والميزان، فكيف بمن اقتطع الجميع وأخذه.

و ـ عن سعيد بن زيد قال، قال النبي ﷺ: «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً، فإنّه يطوّقه يوم القيامة من سبع أرضين»[2].

ز ـ عبد الله بن عمر، قال رسول الله ﷺ في حجة الوداع: «ألا أيّ شهر تعلمونه أعظم حرمة؟» قالوا: ألا شهرنا هذا. قال: «ألا أيّ بلد تعلمونه أعظم حرمة؟» قالوا: ألا بلدنا هذا. قال: «ألا أيّ يوم تعلمونه أعظم حرمة؟» قالوا: ألا يومنا هذا. قال: «فإن الله تبارك وتعالى قد حرّم عليكم دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم إلا بحقها، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا، ألا هل بلغت ثلاثاً» كلّ ذلك يجيبونه: ألا نعم. قال: «ويحكم أو ويلكم، لا ترجعنّ بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض»[3].

ح ـ عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة» فقال له رجل وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: «وإن قضيباً من أراك»[4].

---

(1) أحكام القرآن: 1/ 97، والتحرير والتنوير: 5/ 24.

(2) البخاري في بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين؛ ومسلم في المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها.

(3) أخرجه البخاري في الحدود، باب ظهر المؤمن حمى.

(4) أخرجه مسلم في الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار.

ط ـ عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «كلّ المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه»[1].

ومن استحلّ الغصب والتعدّي على أموال الناس، وقال: إنّ ذلك حلال جائز، فهو كافر حلال الدم يستتاب، فإن تاب وإلّا قتل كفراً[2].

ويستوي في حكمه جميع المسلمين من القرابة والأجنبيين. كما يستوي فيه الذمّي، فيحرم على المسلم غصب مال الذّمّي، والدليل[3]: عن صفوان بن سليم، عن عدة من أبناء أصحاب رسول الله ﷺ، عن آبائهم دنية، عن رسول الله ﷺ قال: «ألا من ظلم معاهداً، أو انتقصه، أو كلّفه فوق طاقته، أو أخذ منه شيئاً بغير طيب نفس، فأنا حجيجه يوم القيامة»[4].

فمن أراق خمر ذمّي أو أتلف عليه خنزيراً، فعليه القيمة، والدليل[5]:

أ ـ القياس على ثوبه؛ لأنّه أتلف عليه ملكاً له.

ب ـ القياس على ما يصحّ تمليكه للمسلم؛ لأنّه أتلف عليه ما يعتقده مالاً له، فوجب عليه أن يضمن قيمته، أصله إذا أتلف عليه ما يصحّ تمليكه في حقّ المسلم.

ج ـ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه كتب إليه عمّاله يسألونه عن الذمّي يمرّ بالعاشر ومعه خمر، فكتب إليهم: يبيعوها وخذوا منهم العشر من أثمانها. ولم يخالفه أحد[6]. وفعله يدلّ على أنّ الخمر المملوك للذمّي متموّل له.

د ـ أنّ حفظ ماله والكفّ عن إتلافه مستحق علينا بعقد الذمّة كاستحقاقه في حفظ نفسه، فلمّا كانت نفسه مضمونة بالإتلاف فكذلك ماله.

تأديب الغاصب:

لم يرد في الغصب حدّ مخصوص، وإنما فيه الأدب والسجن. ووجه ذلك حتى يرتدع الناس عن حرمات الله تعالى، ولا يسقطه عن الغاصب عفو المغصوب عنه[7].

فيؤدّب الغاصب المُمَيّز ولو صبياً، بما يراه الحاكم لحق الله، ولو عفا عنه المغصوب منه. ويؤدّبه بضرب أو سجن أو بهما معاً أو مع نفي؛ فإن الغاصب قد يكون

---

(1) أخرجه مسلم في البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم.

(2) المقدمات: 2/ 488، والذخيرة: 8/ 258.

(3) المقدمات: 2/ 490، والذخيرة: 8/ 269.

(4) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة، باب تعشير أهل الذمة.

(5) الإشراف: 2/ 631، والمعونة: 2/ 1220، والذخيرة: 8/ 278.

(6) نقله القرافي عن أبي عبيد في كتاب الأموال.

(7) المقدمات: 2/ 490.

مشهوراً بذلك، ذا بغي وطغيان وقد لا يكون كذلك، وقد يكون كبيراً وقد يكون صغيراً؛ فالحاكم له النظر في ذلك.

وقيل: إنّ الصبي المميز لا يؤدّب لأنّه غير مكلّف، والدليل[1]: ما رواه علي بن أبي طالب أنّ رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتّى يستيقظ، وعن الصبي حتّى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»[2]. فذكر الصبي حتى يحتلم. ووجه الاستدلال أنّ معنى الرفع رفع الإثم والحرج فيما بينه وبين الله تعالى، وإذا ارتفع الإثم والحرج سقط عنه التعزير والأدب.

ويردّ على هذا القول بأن تأديبه لإصلاح حاله وتهذيبه نفياً للفساد بين العباد لا للتحريم[3]، كما يؤدب للتعليم وكما يؤدب الدابة، لذلك فإن الصبي إذا قصد التخليط في القرآن أو غيره عمداً، ولم يمتثل بمجرّد النهي، فلا شك أنه يؤدب لصلاح حاله، فكذا إذا غصب.

وأمّا الصبي غير المميّز، أي: الصغير الذي لا يعقل فلا يؤدّب، ومثله المجنون. وهما يتصوّر منهما الغصب. وأمّا الضمان، فالمذهب أنّ الصبي غير المميّز والمجنون يضمنان المال الذي يتلفانه في مالهما، والدية بسبب جنايتهما على عاقلتهما، إن بلغت الثلث فصاعداً وإلّا ففي مالهما. وأنّ التمييز ـ للصغير ـ لا يحدّ بسنّ، فقد يكون ابن سنة، وقد يكون ابن أكثر. ومحلّ ضمان الصغير المميّز وغير المميّز لما أفسده من المال إن لم يؤمن عليه، وإلّا فلا ضمان. وسيأتي في الجراح أنّ عمده كالخطأ، فيكون على عاقلته إن بلغ ثلث ديته، وإلّا فلا[4].

كما يؤدب من ادعى الغصب أو السرقة أو نحوهما على صَالِحٍ مشهور بالصلاح لا يشار إليه بهذا، وفي النوادر: «إنما يؤدب المدّعي على غير المتهم بالسرقة إذا كان على وجه المشاتمة، أما على وجه الظلامة فلا». وإنّما يؤدّب إذا كان على وجه المشاتمة لأنّه جناية على عرضه، مع تكذيبه بظاهر الحال[5].

وأما مستور الحال فلا أدب على المدعي عليه. وهل يحلف ليبرأ من الغرم أو لا يمين عليه؟ قولان.

---

(1) المقدمات: 2/ 490.

(2) أخرجه أبو داود في الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدّاً، والترمذي في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحدّ، وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير. وعلقه البخاري موقوفاً على عليّ بن أبي طالب في الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق.

(3) الذخيرة: 8/ 271.

(4) المقدمات: 2/ 490، وحاشية الدسوقي: 3/ 443.

(5) الذخيرة: 8/ 263.

وأما من يشار إليه بذلك ولم يشتهر به، فلا أدب على المدعي عليه، ويحلف ليبرأ، فإن نكل حلف المدعي واستحق.

فإن اشتهر بالعداء بين الناس فإنه يحلف ويهدد ويضرب ويسجن، فإن استمرّ على جحوده ترك. وإن اعترف بعد التهديد فهل يؤخذ بإقراره أو لا يؤخذ؟ في ذلك ثلاث أقوال: قيل: يؤخذ بإقراره مطلقاً، وقيل: إن عيّن الشيء المدعى به أخذ بإقراره وإلا فلا، والثالث هو المعتمد وقول ابن القاسم في المدونة: إنه لا يؤخذ بإقراره ولو عين الشيء لأنه مكره.

ما يجب على الغاصب:

يجب على الغاصب أمور:

1 ـ ردّ ما غصبه إلى صاحبه، إنْ كان لم يفت بتغيّر أو تلف. ولا ضمان في ذلك، ولا يؤثّر في الضمان تغيّر الأسواق، بزيادة ولا نقصان[1].

2 ـ فإن فات المغصوب فعليه الضمان. وسيأتي ذكر ما يكون به فوات المغصوب. ودليل وجوب الضمان على الغاصب بفوات والتلف[2]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٤٢﴾﴾ [الشورى: 42]. والغاصب ظالم فعليه السبيل في ضمان ما اغتصب إذا فات.

ب ـ قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: 40].

ج ـ قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194].

د ـ عن سمرة بن جندب ﷺ، عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[3]. وحرف «على» من حروف الإيجاب[4]. فإن لم تؤدّه وجب ضمانه.

هـ ـ وعن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها؛ فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»[5].

---

(1) المنتقى: 6/ 273.

(2) المعونة: 2/ 1221، والذخيرة: 8/ 327.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية؛ والترمذي في البيوع، حديث 1266؛ وابن ماجه في الصدقات، حديث 2400. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(4) المقدمات: 2/ 369.

(5) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

و ـ القياس على القصاص في النفس والأعضاء، في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: 179]، بعلّة الردع؛ لأنّ القاتل أو الجاني إذا علم أنّه يفعل به مثل ما فعل ارتدع عن فعله وانزجر، خيفة أن يقتصّ منه، وإلّا اجترأ الناس بعضهم على بعض، فكان في ذلك حياة النفوس؛ فكذلك الجناية على الأموال، لو لم يجب فيها البدل لاجترأ الناس بعضهم على بعض.

وسواء ـ في وجوب الردّ أو الضمان ـ كان الغاصب مميّزاً أو غير مميّز، ويتعلّق الحكم في الصبي بوليّه؛ وسواء كان مسلماً أو ذمّياً، والدليل: حديث سمرة المتقدّم. ووجه الاستدلال منه أنّ عام[1].

أمّا الحربي فإنّه لا يضمن المغصوب في القضاء، أمّا في الفتيا فالمشهور مخاطبته بفروع الشريعة، فيضمن عند الله تعالى.

3 ـ أن يتحلّل الغاصب المسلم من المغصوب منه، وأن يتوب إلى الله تعالى.

أركان الضمان[2]:

الأول: الموجب: وهو أسباب الضمان، وهي ثلاثة:

1 ـ التفويت مباشرة؛ وحدّ المباشرة اكتساب علّة التلف، وهي ما يقال عادة: حصل الهلاك بها من غير توسّط.

2 ـ التسبب. وهو ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلّة، كحفر بئر في محلّ عدوان فتتردّى فيه بهيمة أو غيرها.

3 ـ اليد غير المؤمّنة. فيندرج في اليد غير المؤمّنة: الغاصب، والمتعدّي، والمستام إذا تلف تحت يده. وهي خير من قولهم: اليد العادية؛ لأنّها لا تعمّ.

الثاني: الواجب عليه: وهو كلّ آدمي تناوله عقد الإسلام والذمّة.

الثالث: الواجب فيه: وهو الأموال؛ لأنّها متعلّق الأغراض. فما لا مالية له لا حرمة له، ولا يوجب الشرع اختصاصه بأحد، فلا يتصوّر الغصب. وعدم المالية إمّا شرعاً فقط كالخنزير للحقارة الشرعية أو الآدمي للشرف، وهذا من الأعيان؛ وكروث البهائم للحقارة الشرعية أو الأثمان للسرف، وهذا من المنافع. وإمّا شرعاً وعادة كالذباب من الأعيان، والاستظلال والاستصباح من المنافع.

الرابع: الواجب في الضمان: وهو المثل في المثلي، والقيمة في المقوّم. وسيأتي الحديث عن ذلك.

---

(1) الذخيرة: 8/ 269.

(2) الذخيرة: 8/ 259.

تضمين الغاصب:

يتعلّق وجوب الضمان بالغاصب بمجرّد استيلَائه على الشيء الذي غصبه، ولو بالحيلولة بينه وبين مالكه، ويضمن بالفعل إذا تلف.

وفائدة تعلّق الضمان بالغاصب بمجرّد الاستيلاء، اعتبار القيمة في المقوّم يوم الاستيلاء إذا حصل مفوّت، لا يوم الفوات[1]. والدليل على أنّ الضمان يتعلّق بيوم الغصب: حديث سمرة بن جندب ﷺ، عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[2]. وحرف «على» من حروف الإيجاب[3]. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ رتّب وجوب الردّ على وصف الأخذ، ولمّا كانت القاعدة الأصولية تقتضي أنّ ترتّب الحكم على الوصف يدلّ على علّية ذلك الوصف لذلك الحكم، فإنّ وضع اليد لأخذ ملك الغير يكون سبباً لضمانه. كما إنّ الأصل أن تترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ، فيترتب الضمان حين وضع اليد، فلذلك ضمّن بمجرّد وضع اليد، ووجبت القيمة حينئذ[4].

ويكون التلف بأحد أمور:

- إذا أتلفه الغاصب.
- إذا تلف بسماوي.
- إذا جنى غيره عليه.

وسواء كان المغصوب عقاراً أو حيواناً أو غيرهما، ولَوْ انهدمت الدار أو مَاتَ الحيوان بسبب سماوي؛ أو قتل الحيوان لعَدَاءٍ منه بحيث لا يمكن التخلص منه إلا بقتله فيضمنه الغاصب. والدليل على أنّ العقار يمكن فيه الغصب[5]:

أ ـ عن سعيد بن زيد قال، قال النبي ﷺ: «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً، فإنّه يطوّقه يوم القيامة من سبع أرضين»[6].

ب ـ أنّ حقيقة الغصب الحيلولة، وقد وجد في العقار.

والدليل على أنّ العقار يضمن بالغصب[7]:

أ ـ القياس على القبض في البيع؛ لأنّ كلّ معنى يضمن به المنقول من الأعيان، فإنّه يضمن به غير المنقول كالقبض في البيع.

ب ـ القياس على الإتلاف؛ لأنّ الغصب سبب للضمان فوجب أن يضمن به العقار كالإتلاف.

---

(1) حاشية الدسوقي: 3/ 443.

(2) سبق تخريجه.

(3) المقدمات: 2/ 369.

(4) الذخيرة: 8/ 262.

(5) الذخيرة: 8/ 257، والذخيرة: 8/ 285.

(6) سبق تخريجه.

(7) الإشراف: 2/ 630، والمنتقى: 6/ 273.

ج ـ أن انتقال ضمانها للمشتري يكون بالقبض، فتكون قبالة لوضع اليد، فإذا كانت عدواناً فهو الغصب.

ترتّب الضمان على غير الغاصب:

يترتّب الضمان على غير الغاصب فيما يلي:

1 ـ كلّ آكلٍ من طعام مغصوب عَلِمَ بأنه مغصوب، فإنه يضمن لربه ما أكله، ولربّه الرجوع عليه ابتداء؛ لأنه بعلمه بالغصب صار غاصباً حكماً من حيث الضمان؛ كما يضمن الآكل غير العالم بالغصب إذا كان ملياً. وهذا إذا أعدم المُتَعَدّي أو لم يقدر على تضمينه لظلمه، فإن كان الغاصب مليّاً مقدوراً عليه بدئ بتغريمه؛ لأنّه المتعدّي المسلّط[1]. فإن أعسر الآكل كما أعسر الغاصب اتبع أولهما يساراً، ومن أخذ منه لا يرجع على صاحبه. فإن كان الأخذ من الغاصب فظاهر أنه لا يرجع على الآكل لأنه المباشر للغصب؛ وأما إن كان الأخذ من الآكل فحيث أكل الجميع أخذ منه الجميع، وإن أكل البعض فبقدر أكله.

وأما من غصب حيواناً فذبحه، فهل الذبح موجب للضمان لأنّه مفوّت؟ وهو الذي درج عليه الشيخ خليل ورجّح، وعليه فلربها تغريمه القيمة أو أخذها مذبوحة دون أرش ما نقصها الذبح، وخيرته ـ أي: المغصوب منه ـ تنفي ضرره، هذا هو المعتمد من المذهب، ونص ابن القاسم وفي المدونة: إنّ من غصب قمحاً فطحنه فهو مفوت وعليه مثل القمح، ومن أكل من شيء بعد فوته فلا غرم عليه. وهل يجوز بعد الفوات الأكل منه؟ الراجح في المذهب الجواز؛ ورجّحه ابن ناجي تبعاً لصاحب المعيار، ولو علم الآكل أن الغاصب لا يدفع القيمة؛ لأن دفع العوض واجب مستقل، لكن قال الشيخ الدردير في الشرح الكبير[2]: ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه، أي: لكونه من الشبهات وفي الحديث: عن النعمان بن بشير قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الحلال بين والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه؛ ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله، ألا وهي القلب»[3]، فمحلّ الاستدلال قوله: «فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه». وعلى القول بالجواز أفتى بعض المحققين بجواز الشراء من لحم الأغنام المغصوبة إذا باعها

---

(1) الذخيرة: 8/ 272.

(2) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 3/ 446، وبلغة السالك: 2/ 210.

(3) أخرجه البخاري في الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه؛ ومسلم في المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، واللفظ للبخاري.

الغاصب للجزارين فذبحوها؛ لأنه بذبحها ترتبت القيمة في ذمة الغاصب.

والحاصل أنّ الحرام لا يجوز قبوله، ولا الأكل منه، ولا السكنى فيه، ما لم يفت عند الظالم وتتعيّن عليه القيمة، وإلّا جاز على الأرجح، ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه.

2 ـ حَافِر بِئْر تَعَدّياً، بأن حفرها في طريق الناس أو في ملك غيره بلا إذن، أو في ملكه بقصد الضرر، فتردَّى فيها شيء فإنه يضمن، ولو لم يكن المتردّي مقصوداً بالحفر. وأمّا في ملكه بلا قصد ضرر أو في الموات كذلك فهدر.

3 ـ من أكره غَيْره عَلى التّلَف، وكذا من أغرى ظالماً على تلف شيء أو أخذه من ربه فإنه يضمن، ولو كان الذي أغرى الظالم قصد بذلك دفع الضرر عن نفسه؛ لأنه لا يجوز نفع نفسه بضرر غيره. والإكراه والإغراء سببان، لكن يقدّم في الضمان المباشر كما سيأتي.

4 ـ من دلّ لصّاً ونحوه، كظالم وغاصب ومكّاس على مال فأخذه أو أتلفه، فإنه يضمن وقدم المباشر.

ويقدّم في الضمان المُبَاشِر على المتسبب عند الإمكان، إذا اجتمعا، فيقدم المكره ـ بالفتح ـ على المكره ـ بالكسر ـ، ويقدم الظالم على من دلّه أو أغراه على التلف ونحوه، ويقدّم المردّي في البئر على الحافر لها، تقديماً للمباشرة على السبب.

5 ـ من فَتح حِرْزاً على حَيَوان طيراً أو غيره. والدليل على ذلك[1]: أنّه بالفتح تسبب في طيران الطير وإتلافها على صاحبها، ولولاه لم يكن لها سبيل إلى ذلك لأنّه لا اختيار لها حتى تقدّم المباشرة على السبب، فوجب عليه الضمان.

6 ـ من فتح على عسل وسمن، من المائعات أو من الجامدات، وتلف أو ضاع منه شيء.

فإن كان الفتح المذكور بمُصَاحَبَة رَبّ الحيوان والمائع والجامد وعلمه، فلا ضمان على الفاتح؛ إنْ أمْكَنَ لربّه حِفْظَه. فإن لم يمكنه كطير فتح عليه أو سائل كماء وعسل فيضمن، إذ لا يمكن عود ما ذكر عادة.

ودليل ضمان المتسبب: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: 42]. والمتسبب ظالم، فيكون عليه السبيل، ويندرج الغرم في عموم السبيل فيغرم[2].

ضمان المثل في المثلي:

المثليّ ما يكال أو يوزن أو يعدّ. ويكون الضمان فيه بدفع مِثْله. ودليل وجوب

(1) الإشراف: 2/ 631، والمعونة: 2/ 1220، والذخيرة: 8/ 287.

(2) الذخيرة: 8/ 260.

المثل في المثليات[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194] وتسمية المقابلة بالمثل اعتداء هو من باب المجاز ومقابلة الكلام بمثله، والمقصود المكافأة.

ب ـ ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: 126].

ووجه الاستدلال من الآيتين أنّ الله تعالى أباح مقابلة العدوان بمثله، ولمّا كان إتلاف مال الغير اعتداء عليه، فيقابله الدفع بمثله.

ج ـ أنّ الغرض من المثليات ـ كالقمح والدنانير ـ أمثالها لا أعيانها[2]. ولا تلزم القيمة في المثليات؛ لأنّ القيمة إنّما يصار إليها عند تعذّر المثل من طريق الخلقة؛ لأنّها ضرب من الحكم والاجتهاد في تعديلها بالمتلف، فالمثل من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه، فكان كالاجتهاد مع وجود النصّ إذ لا فائدة فيه[3].

وأمّا قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: 95]. فأمر بالمثل في النعم، وهي ليست من المثليات، بل من المقوّمات لأنّ أفراد الحيوان لا يماثل بعضه بعضاً. والجواب: أنّ المراد المثل في الصفة دون المالية والمقدار، والمطلوب هنا في الغصب حفظ المالية؛ ألا ترى أنّ النعامة يحكم فيها في صيد الحرم ببدنة، وهي بعيدة جدّاً من ماليتها ومقدارها.

وما روي عن أنس أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادمها قصعة فيها طعام، قال: فضربت بيدها فكسرت القصعة. فأخذ النبي ﷺ الكسرتين، فضم إحداهما إلى الأخرى، فجعل يجمع فيها الطعام ويقول: «غارت أمكم كلوا» فأكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته[4]. وعن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها؛ فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»[5].

---

(1) عارضة الأحوذي: 6/ 113، والقرطبي: 1/ 276.

(2) الإشراف: 2/ 627.

(3) المعونة: 2/ 1212.

(4) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

(5) أخرجه البخاري في المظلم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره؛ أبو داود في البيوع، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله؛ والترمذي في الأحكام، باب فيمن يكسر الشيء، وقال: حسن صحيح. واللفظ للترمذي.

ويفهم منه أنّه أمر بردّ قصعة بدل المكسورة، والقصعة من المقومات يكون فيها القيمة. والجواب عنه: أنّ البيتين لرسول الله ﷺ والمال ماله، والقصعتين له، فليس هذا من باب الضمان، بل من باب جبر القلوب وسياسة العيال وتسكين ثورة الغيرة[1]. وخالف ابن العربي فقال بإمكان تماثل القصاع، حتى إنّه لا يفرّق بينها، ويعرف ذلك بالمشاهدة، ولذلك أمر النبي ﷺ بقصعة بدل المكسورة[2].

والأصل ردّ العين المغصوبة، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[3]. والمثل أقرب للأصل، لجمعه بين الجنسية والمالية[4].

ويكون الضمان ولو بغَلَاءٍ، فإذا غصبه وهو يساوي عشرة وحين التضمين كان يساوي خمسة أو عكسه، أخذ بمثله ولا ينظر للسعر الواقع. والغاصب أحقّ بالحمل عليه.

وإذا انقطع المثلي كفاكهة، وكان قد غصبها في إبّانها ثم انعدمت، فإنه يصبر وجوباً ويقضى عليه به، إلى وجُوده في القابل. كما يصبر للبلد الذي غصبه فيه فيوفيه مثله فيها، ولو كان الشيء المغصوب مع الغاصب في غير بلد الغصب؛ لأن نقله لبلد آخر فوت يوجب رد المثل لا عينه. ولَهُ أَخْذُ ثمن المثلي من الغاصب في هذا البلد إنْ عَجَّلَ دفع الثمن، وإلّا منع لما فيه من فسخ دين في دين، وليس له أخذ عين شيئه حيث وجده معه؛ لأنه قد فات بنقله، فليس له إلا مثله في بلد الغصب إذا لم يرض الغاصب بدفعه له. قال الخرشي: «واعلم أن هنا أمرين الأول: أن النقل في المثلي فوت وإن لم يكن فيه كلفة، وأما في المقوم فإنما يكون فوتاً إذا احتاج لكبير حمل كما يأتي، وعلى هذا فالمغصوب مخالف للمبيع بيعاً فاسداً؛ إذ المبيع بيعاً فاسداً إنما يفوت بنقل فيه كلفة سواء كان مثلياً أو مقوماً. الثاني: أن فوت المثلي يوجب غرم مثله، وفوت المقوم لا يوجب غرم قيمته بل يوجب التخيير» وإذا أوجب فوت المثلي غُرم المثل، فليس لرب المغصوب أن يلزم الغاصب ردّ ما صاحبه في غير بلد الغصب إلى بلده.

وله منع الغاصب من التصرف في المغصوب ببيع أو غيره، إذا وجده معه ببلد آخر وإن كان ليس له أخذه لفواته؛ فله منعه من التصرف فيه لأجل أن يتوثق منه بمثل رَهْن يأخذه منه أو حميل، خشية أن يضيع حق ربه.

ومثله المقوّم حيث احتاج لكبير حمل ولم يأخذه بل اختار أخذ قيمته. وإذا منعه للتوثق فتصرفه فيه مردود. ويؤخذ منه أنه لا يجوز لمن وهب له قبوله ولا التصرف فيه بأكل أو غيره، حتى يعطى لصاحبه المثل أو القيمة. ومنه يؤخذ منع الأكل من مغصوب فات.

---

(1) المنتقى: 6/ 272، وعارضة الأحوذي: 6/ 114، والذخيرة: 8/ 287.

(2) عارضة الأحوذي: 6/ 114.

(3) سبق تخريجه.

(4) الذخيرة: 8/ 287.

ويلزم الغاصب قيمته أو مثله حيث علم أنه لا يرد القيمة أو المثل لربه، قال بعضهم: بل ولو علم أنه يردها حتى يرد بالفعل وبه جزم بعضهم؛ ومقتضي ما لابن القاسم والمدونة الجواز ورجح وقد قدمناه وعليه فالورع تركه.

ضمان القيمة في المقوّم:

يضمن الغاصب القيمة في المقوم من عرض أو حيوان، والقيمة فيما ألحِقَ بالمقوم من المثليات. والدليل على أنّ المقوّم تضمن فيه القيمة لا المثل[1]:

أ ـ عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد قوّم عليه نصيب شريكه» الحديث[2]. ووجه الاستدلال أنّه ألزمه في العبد القيمة دون المثل، وقد اعتبر هذا الحديث أصلاً في اعتبار القيمة في كلّ ما قصدت أعيانه من العروض والذهب والفضة والحيوان.

ب ـ تقدّم أنّ الأصل ردّ العين المغصوبة، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[3]، فإذا تلفت فالمثل أقرب للأصل، لجمعه بين الجنسية والمالية. والمثل على قسمين: مثل من طريق الصورة، ومثل من طريق المعنى، فلمّا كانت المكيلات والموزونات والمعدودات في الأكثر يتأتّى فيها المثل في الصورة، ويقوم كلّ فرد من ذلك الجنس مقام الآخر؛ لأنّه لا يتعلّق الغرض بخصوص الأفراد بل بالجنس، وجب أخذ المثل فيها لأنّه الأصل. ولمّا كان المثل في العروض والحيوان يتعذّر؛ لأنّ أفراد العروض والحيوان لا يماثل بعضها بعضاً ولا تتساوى بل تتباين، وأنّ الغرض منها أعيانها أو أثمانها، والعين منها لا تقوم مقام عين أخرى، وجب الانتقال إلى المثل في المالية، فوجب أن تقوم قيمتها عوضاً عنها. فالقيمة تأتي عند تعذّر المثل؛ لأنّها ليس فيها إلّا المالية، ولأنّ المثلي حسّي قطعي، والقيمة ظنّية اجتهادية، والقطع مقدّم على الظنّ. وعلى كلّ فالمثل أولى إذا لم يفوّت غرضاً، والقيمة أولى حيث يتعلّق الغرض بخصوص الهالك، فكان إيجاب المثل في المثليات والقيمة في غيرها أعدل وأجمع للأحاديث وأوفق للأصل، وهي طريقة المذهب المالكي.

وما يلحق بالمقوّم من المثليات إذا فات عند الغاصب، كغزل وحُلِيّ وآنِيَة من معدن، فإنها إذا فاتت بنسج ونحوه أو بكسر أو صياغة أخرى، وأولى إن ضاعت ذاتها، فإنه لا يأخذ مثلها بل يأخذ قيمتها يوم غصبها؛ لأن المثلي إذا دخلته صنعة لزمت فيه

---

(1) الإشراف: 2/ 627، والمعونة: 2/ 1212، والمنتقى: 6/ 272، وعارضة الأحوذي: 6/ 113، وبداية المجتهد: 2/ 349، والذخيرة: 8/ 287.

(2) أخرجه مالك في العتق والولاء، باب من أعتق شركاً له في مملوك؛ والبخاري في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين؛ ومسلم في العتق.

(3) سبق تخريجه.

القيمة، فقولهم: المثلي ما حصره كيل أو وزن أو عدّ ولم تتفاوت أفراده؛ يقيّد بما إذا لم يكن أصله مثلياً ودخلته صنعة، فإن كان كذلك فهو مقوّم.

وتعتبر القيمة يوم الاستيلاء على المغصوب. ولا يراعى ارتفاع الأسواق وانخفاضها؛ لأنّ القيمة متعلّقة بالذمّة تعلّقاً منبرماً حين الغصب[1]. كما لا يراعى القيمة يوم الحكم؛ لأنّ الحكم معلّق بذمّة الغاصب يوم الغصب لا بالحكم، إذ كطالبة الحاكم إنّما هي بأمر قد تقدّم وجوبه، وإنّما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت ذمّته به[2].

ويضمن الغاصب القيمة وإنْ كان المغصوب جِلْدَ مَيْتَة لم يُدْبَغْ، وأولى إن دبغ؛ أو كان كَلْباً مَأْذوناً فيه، وهو كلب الصيد أو الماشية أو الحراثة. وفوته على أربابه يكون بقتله وما في معناه، فيلزمه قيمته ولو كان قتل الغاصب له بسبب عدائه عليه ولو لم يقدر على دفعه عنه إلّا بالقتل لظلمه بغصبه، فهو المسلط له على نفسه، والظالم أحق بالحمل عليه[3]. والدليل على ضمان القيمة للكلب بقتله[4]:

أ ـ القياس على سائر الأعيان بعلّة الانتفاع بها، أي: لأنّه عين مأذون في اتخاذها للانتفاع بها، فوجب إذا تلف على صاحبها أن يلزم القيمة متلفها كسائر الأعيان.

ب ـ القياس على البازي بعلّة جواز الاصطياد به، أي: لأنّه بهيمة يجوز الاصطياد بها كالبازي.

ج ـ أنّه لا يلزم من عدم جواز بيع ما ذكر عدم أخذ القيمة بل تتعين فيها القيمة قياساً على الغرة في الجنين، وإن كان لا يجوز بيع الجنين. وهو قياس يشمل جلد الميتة غير المدبوغ. وهو مبني في الكلب على القول بعدم جواز بيعه، كما تقدّم في البيع.

وأما الكلب غير المأذون فيه فلا قيمة له.

ما يوجب الفوات في المثلي والمقوّم:

يوجب فوات المثلي غرم مثله. وأمّا فوات المقوّم فلا يوجب غرم قيمته، وإنّما يوجب تخيير المغصوب منه بين أخذه وأخذ قيمته[5].

حكم الخطأ في الجناية على الأموال:

ومثل الغاصب من أتلف أو عيّب خطأ، فإنه يضمن؛ والدليل: الإجماع على أنّ العمد والخطأ في أموال الناس سواء[6].

---

(1) المعونة: 2/ 1213.

(2) المعونة: 2/ 1212.

(3) بلغة السالك: 2/ 213.

(4) الإشراف: 2/ 563.

(5) حاشية الدسوقي: 3/ 445.

(6) الذخيرة: 8/ 269.

ما يفوت به المغصوب المثليّ والمقوّم:

يفوت المغصوب المثلي والمقوّم بما يلي:

- بذهاب عينه بموت أو أكل أو شرب أو تلف ولو بسماوي كما تقدم.
- بتَغَيُّر ذَاتِه عند الغاصب بهزال أو عرج أو عور ونحوها، إن كان حيواناً.
- بنَقْلِه لبلد ولو لم يكن فيه كلفة إن كان مثلياً، ومع الكلفة إن كان مقوماً.
- بدخُول صَنْعةٍ في المغصوب كقطعة من ذهب أو فضة أو نحاس أو حديد صيغَتْ حليّاً أو آنية، وكطِينٍ جعل لَبِناً وأولى إذا بني به.
- بطحن لقمح، وعجن لدقيق، وخبز لعجين، فإنه فوات هنا. بخلافه في الربويات فلم يجعلوه ناقلاً، فمنعوا التفاضل بينهما كما تقدم احتياطاً للربا، وهنا احتاطوا للغاصب فلم يضيّعوا كلفة فعله عليه، وهو وإن ظلم لا يُظلم. وقال أشهب: إنه لا ينقل هنا كالربويات، والظالم أحق بالحمل عليه، وحينئذ فلربّ القمح المغصوب إذا طحنه الغاصب أخذه مطحوناً، ولا يلزمه أجرة الطحن، وكذا إذا عجن الدقيق أو خبز العجين. قال الشيخ الصاوي: كلام أشهب وإن كان وجيهاً غير معوّل عليه، والمعوّل عليه الأول.
- ببذر لحَبّ.

ومتى حصل فوات بما تقدّم فليس لربه أخذه إن كان مثلياً، بل يتعين أخذ مثله إلا برضا الغاصب، إن أمكن ذلك، وأما مثل بذر الحبّ فلا يتأتى فيه ذلك. وإن كان مقوماً خيّر ربّه بين أخذه أو أخذ القيمة يوم الغصب كما تقدم.

- بإفراخ البَيْض بعد غصبه، فلربه مثل البيض لا الفراخ. يعني أنّ من غصب بيضاً فحضنته دجاجة وأفرخ، فعليه مثل البيض لربّه، والفراخ للغاصب، لفوات البيض بخروج الفراخ منه. إلّا إذا غصب الطير بأرض عند الغاصب ثم أفرخ، حَضَنَ الطير المغصوب بيض نفسه، فالطير وفراخه لربها؛ وأولى إن غصب الطير وبيضه.
- تخمّر عَصيرٍ بعد غصبه، فلربه مثل العصير لفواته بالتخمير. فإنْ تَخَلَّلَ العصير عند الغاصب، ابتداء أو بعد تخمره، خُيّرَ ربّه سواء كان مسلماً أو ذمياً في أخذه خلّاً أو مثل عصيره إن علم قدره، وإلا فقيمته؛ لأنّ المثليّ الجزاف يضمن بالقيمة إذا فات.

فقطعة الذهب إذا فاتت بالصياغة، والطين إذا لبن ونحوهما، إذا لم يعلم قدرهما فإنه يرجع للقيمة، ولا يرجع للمثل إلا إذا علم القدر وزناً وكيلاً أو عدداً، والطين مما يعلم قدره بالكيل بنحو قفة.

ولا حجّة للغاصب في الصنعة، والدليل[1]: قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي

---

(1) المنتقى: 6/ 277، والذخيرة: 8/ 325.

له، وليس لعِرْقٍ ظالم حق»[1] قال الإمام مالك: «والعرق الظالم كلّ ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حقّ». أيّ: فليس له حقّ بملك ولا انتفاع[2].

ما يخيّر فيه المغصوب منه:

- يخيّر المغصوب منه بين أخذ المغصوب وأخذ قيمته. وذلك إذا فات المغصوب عند الغاصب بتغيّر ذاته، ولو قَلَّ التغير وكان يسيراً، ولو كان بأمر سماويّ، كهزال دابة فأعلى، وحينئذٍ له إن شاء الخيرة بين أمرين:

الأوّل: أخْذه مع أرْش نَقْصِهِ. ووجه جواز هذا الاختيار أنّ الباقي السليم من التغير عين ملكه، فله أخذه.

الثاني: أو تركه وأخذ القيمة يوم الغصب. ووجه جواز هذا الاختيار أنّ ذهاب الجلّ كذهاب الكلّ[3].

وهذا في المقوّم لا في المثلي؛ لأنّ له المثل في المثلي.

- يخيّر المغصوب منه إذا كان الشيء المغصوب أرضاً وبَنَى الغاصب عليها، أو غَرَسَ فيها شجراً[4]؛ بين أحد أمرين:

أحدهما: أن يأخذ ما غصب منه من الأرض وما فيها من بناء أو غرس، مع دفع قِيمَة نُقْضه ـ بضم النون ـ أي: منقوضه، أي: قيمته منقوضاً. ووجه ذلك، أنّ تبقية الغرس والبناء غير مستحقّ للغاصب؛ لأنّه لا حرمة لعرق الغاصب، ولمّا كان ليس له إلّا أن يأخذ ما ينقض من البناء ويقلع من الغرس، جاز للمغصوب منه أن يدفع قيمة ذلك فقط، إذا أراد أخذه، لمّا كان هو من له الحق في الاختيار[5].

وتقدّر القيمة بَعْدَ إسقاط أجرة الكلفة إن كان شأن الغاصب لا يتولى هو ولا خدمه ذلك، مع تسوية الأرض كما كانت؛ فيقال: ما يساوي نقض هذا البناء أو الشجر لو نقض؟ فإذا قيل: عشرة، قيل: وما أجرة من يتولى الهدم وتسوية الأرض؟ فإذا قيل: أربعة، غرم للغاصب ستة، فإذا كان الغاصب شأنه أن يتولى ذلك بنفسه أو خدمه غرم له المالك جميع العشرة. وهذا إن كان لما بني أو غرس قيمة بعد النقض، لا ما لا قيمة له كتراب وجصّ وزوقة في جدار بأحمر أو أخضر، فإن المغصوب منه يأخذها بلا شيء. والدليل على أنّه ليس للغاصب شيء فيما لا قيمة له[6]:

---

(1) أخرجه مالك مرسلاً عن عروة بن الزبير في الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات؛ ووصله أبو داود عن سعيد بن زيد في الخراج، باب في إحياء الموات؛ والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات وقال فيه: حسن غريب. ووصله الترمذي أيضاً عن جابر، وقال فيه حسن صحيح.

(2) المنتقى: 6/ 32.

(3) الذخيرة: 8/ 290.

(4) سيأتي حكم الزرع فيما يأتي.

(5) المعونة: 2/ 1225.

(6) المعونة: 2/ 1225، والمقدمات: 2/ 494.

أ ـ ما سيأتي من قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق».

ب ـ لأنّ في قلع ما لا قيمة له إضراراً بصاحب الأرض، من غير نفع يحصل له، فلا يمكّن من ذلك.

ثانيهما: أو أن يأمر الغاصب بتَسْوِيَةِ أَرْضِهِ بعد أن يهدم ما بناه أو يقلع ما غرسه. والدليل على ذلك[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: 42]. والغاصب ظالم، فعليه السبيل في القلع والهدم.

ب ـ قوله ﷺ: «ليس لِعِرْقٍ ظالِم حق». قال الإمام مالك: «والعرق الظالم كلّ ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حقّ». أيَ: فليس له حقّ بملك ولا انتفاع[2].

ج ـ عن يحيى بن عروة عن أبيه أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها. قال: فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس وإنها لنخل عم حتى أخرجت منها[3].

د ـ عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من بنى في رباع قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقض»[4].

فالخيار للمغصوب منه وليس للغاصب مقال إن قال أريد عين مالي، ولا أريد قيمته؛ لأنّ عرق الغاصب لا حرمة له؛ ولأنّ المالك له أن يقول: لا أدعك تعوّر أرضي بإخرابها بقلع غراسها أو بنائها، وإحواجي إلى عمارتها[5].

وهذان الحديثان نصّ في الموضوع.

هـ ـ عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»[6]. وحرف «على» من حروف الإيجاب[7].

و ـ أنّه شغل ملك الغير بملكه الذي لا حرمة له غصباً، فوجب أن يلزمه ردّه كما غصبه.

وقد استدلّ المخالف للمذهب بعدم الهدم والقلع بحديث: «لا ضرر ولا ضرار»، والجواب بأمرين[8]:

---

(1) الإشراف: 2/ 630، والمعونة: 2/ 1219، والجامع لأحكام القرآن: 6/ 201، والذخيرة: 8/ 327.

(2) المنتقى: 6/ 32.

(3) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات.

(4) أخرجه الدارقطني.

(5) المعونة: 2/ 1225.

(6) سبق تخريجه.

(7) المقدمات: 2/ 369.

(8) الذخيرة: 8/ 328.

أ ـ أنّ الحديث مشترك الدلالة؛ لأنّ منع المالك من أرضه إضرار به، بل هو أولى بالاعتبار لأنّه غير ظالم بخلاف الغاصب؛ فيحمل الحديث على نفي الضرر بغير حقّ.

ب ـ أنّ معارض بما هو أخصّ منه، وهو قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق». والأخصّ مقدّم على العام.

ـ يخيّر ربّ الشيء المغصوب إذا جنى على المغصوب أجْنَبِيّ، أي: غير الغاصب، فيخيّر بين أن يتبع الغاصب أو الجاني. فإن اتّبَعَ الغَاصِبَ بقيمته يَوْمَ الغَصْبِ لأنه يوم وقت ضمان الغاصب، رَجَعَ الغاصب عَلَى الجَانِي بقيمَتِهِ يَومَ الجِنَايَةِ لأنه وقت ضمان الجاني، قَلَّتْ عن قيمته يوم الغصب أو كَثرَتْ عنها والزائد يكون له، أي: للغاصب وقولهم: الشخص لا يربح في مال غيره، محلّه إن لم يكن تعلق بذمّته.

وإن اتَّبَعَ الجَانِي بالقيمة يوم الجناية فَأخَذَ أقَلَّ من قيمته يوم الغصب، كما لو كانت قيمته يوم الجناية عشرة ويوم الغصب خمسة عشرة، فأخذ من الجاني العشرة لأنها التي تلزمه، رَجَعَ بالزَائِدِ فقط وهو الخمسة في المثال علَى الغَاصِبِ؛ لأن العشرة التي أخذها من الجاني كانت من حقّ الغاصب، فآل الأمر إلى أنّ الغاصب غارم للخمسة عشر التي هي القيمة يوم الغصب.

ـ يخيّر ربّ الشيء المغصوب بين هَدْم ما بناه الغاصب على شيئه المغصوب، إذا كان عموداً أو خشبة أو حجراً، فيأخذ عين شيئه بعد هدم ما عليه، وبين تركه وأخذ قيمته. والدليل على ذلك ما تقدّم في الباني والغارس غصباً.

ـ يخيّر رب المغصوب في تضمين الغاصب قيمة المغصوب إن وجد الغاصب في غَيْرِ مَحَلّ الغصب، بأن وجده في بلد أخرى غير بلد المغصوب. ولا يلزمه الصبر إلى أن يذهب لمحل الغصب، وهذا في المقوّم، بخلاف المثلي فإنه يلزمه الصبر لمحلّه كما تقدم أنّ نقل المثلي فوت مطلقاً. وله أن يكلفه الرجوع معه لمحله ليأخذه بعينه، هذا إذا لم يجد المغصوب مع الغاصب، أو وجده مَعَه واحْتَاجَ المغصوب في رجوعه لمحله لِكُلْفَة، وله أخذه بلا أجرة حمل له وخيرته تنفي ضرره. فإن وجده معه ولا كلفة على ربه في حمله ورجوعه لمحله أخَذَه بعينه، وليس له أن يلزمه القيمة. بخلاف المثلي فإنه يلزمه الصبر لمحله ولو وجده معه كما تقدم. وجاز أن يأخذ ثمنه بشرط تعجيله كما مر.

غلّة المغصوب:

تكون غَلَّة المغصوب لربّه إذا استعمله الغاصب أو أكراه، سواء كان دابة أو عقاراً من دور ورباع وأرض أو غير ذلك على المشهور. فالمغصوب إن كان عقاراً واستعمله الغاصب كانت غلّته لربّه، فيلزمه أجرته إن سكن فيه أو أسكنه لغيره؛ ويلزمه أن يردّ ثمر النخل الذي أثمر عنده؛ وكذلك غلة الحيوان. ودليل كون الغلّة مضمونة للمغصوب منه:

أ ـ الحديث المتقدم: «ليس لِعِرْقٍ ظالِمٍ حق». ووجه الاستدلال أنّه ﷺ نفى أن يكون للظالم أيّ حق فيما يستولي عليه[1].

ب ـ عن أنس رضي الله عنه أنّ النبي ﷺ قال: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»[2]. ومنافع المغصوب ملك لمالكها، فوجب أن لا تحلّ لغير مالكها إلّا عن طيب نفس منه[3].

ج ـ أنّ المنافع مملوكة للمغصوب منه؛ لأنّها تبع للمغصوب في الملك إجماعاً، وإذا كانت مملوكة للمغصوب منه وجب أن تكون مضمونة له. وهذا الاستدلال من باب الاستدلال بالعلّة على المعلول، والعلة هي ملكية المغصوب منه للمنافع[4].

ويضمن غلّة الذات المغصوبة من يوم استعمالها.

وأمّا الحديث عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»، وفي رواية: قالت عائشة رضي الله عنها: «قضى رسول الله ﷺ أنّ الخراج بالضمان»[5]، فإنّ ظاهره يقتضي أنّ الغاصب يأخذ غلّة المغصوب بسبب أنّه يضمنه، لكنّه لا يحمل على ظاهره، لوجوه:

الأوّل: أنّ المغصوب إذا لم يتغيّر ردّه الغاصب وبرئ من ضمانه، ولا يضمن إلّا إذا هلك أو تغيّر وإلّا فلا، فمعنى كونه ضامناً أي: على تقدير التغيّر، وإلّا فلا ضمان. أي: فإن لم يكن تلف فالخراج لصاحب المغصوب.

الثاني: أنّ الحديث ورد في مشتر لعبد، فوجده معيباً فردّه، فطلب البائع خراج عبده، فقال عليه السلام ذلك. فعن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استغلّ غلامي؛ فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»[6]. وعلى هذا يختصّ استحقاق الخراج بالضمان فيما فيه شبهة ملك، بخلاف العدوان الصرف فلا ينبغي أن يكون سبباً للملك، قال ابن العربي: «والحقّ أحقّ أن يتبع لا يجوز أن يلتحق مطيع بعاص، ولا ظالم بعادل. ولا حجّة في عموم الحديث؛ لأنّه ليس من قول النبي ﷺ، وإنّما هو إخبار عن قضية في عين، فلا ترى حقيقة الحال لها، فإذا حصلت على صورة

---

(1) الجامع لأحكام القرآن: 6/ 201.

(2) أخرجه الدارقطني في البيوع؛ والبيهقي في الغصب، باب من لو غصب لوحاً، عن أنس.

(3) المعونة: 8/ 1219.

(4) مفتاح الوصول: 130.

(5) أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد فيستغلّه؛ والنسائي في البيوع، باب الخراج بالضمان؛ وابن ماجه في التجارات، باب الخراج بالضمان. وقال فيه الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.

(6) أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله.

بالإجماع لم تدخل تحتها أخرى إلّا بالنظر، ولا نظر يلحق العاصي بالمطيع بحال»[1].
ويعني بقوله: لأنّه ليس من قول النبي ﷺ، الرواية الموقوفة على عائشة رضي الله عنها[2]. فيفيد كلام ابن العربي قصر الحديث على المعنى الذي خرج عليه في البيع، أي: الضمان بوجه شبهة، ولم يلحق به الغصب. وهو أحد قولي الإمام مالك في المدوّنة[3].

فإذا لم يستعمل الغاصب المغصوب فلا شيء عليه ولو فوّت على ربه استعماله، فإذا عطّله كدار غلّقها وأرض بوّرها ودابّة حبسها، فلا شيء عليه، والدليل[4]:

أ ـ قوله ﷺ: «الخراج بالضمان». ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ جعل خراج الشيء أي: منافعه لمن عليه ضمانه. وإذا كانت منافع الأعيان المضمونة للضامن، فكيف يضمنها وهي له؟. وذكر المستدلّون بهذا الحديث أنّه وإن كان إنّما ورد في الردّ بالعيب، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. لكن تقدّم لنا قبل هذا ما يجعل الاستدلال به في هذه المسألة فيه نظر. لأنّ كون المعتبر عموم لفظ الحديث لا خصوص السبب الذي ورد عليه لا يكفي لإلحاق الغاصب بالمشتري، فلا بدّ من ملاحظة المعنى الذي حكم به للمشتري بالخراج، وتحقيق وجوده في الغاصب؛ والمعنى هو الملك وهو موجود في المشتري، وغير موجود في الغاصب، فلا سبيل إلى هذا الإلحاق؛ لأنّ موارد أحكام البيع تتناقض مع موارد أحكام الغصب.

ب ـ القياس على البضع؛ لأنّها منافع لم تستوف من المغصوب فلم يضمنها الغاصب، أصله منافع بضع المرأة، وهو أن يحبس امرأة ويمنعها من التزويج وأخذ المهر ممن يرغب في تزوجها، حتى مضت مدّة من الزمان، فإنّه لا يضمن مهر مثلها.

ج ـ أنّ المنافع ليست مالاً في نفسها، ولا تكون مالاً إلّا بعقد أو شبهة عقد كالإجارة الفاسدة فإنّ فيها أجرة المثل، فلا تضمن بالفوات. والدليل على أنّ المنافع ليست مالاً عدّة أوجه منها: **أحدها**: أنّها لا تقوّم على المفلس. **ثانيها**: أنّها لا تجب فيها الزكاة. **ثالثها**: أنّ الوصي لو توانى في عقار اليتيم لم يؤجّره لم يضمن، ولو تسبّب أو أهمل شيئاً من ماله ضمنه.

---

(1) عارضة الأحوذي: 6/ 28.

(2) لم تسلم طرق الحديث من نقد أئمة الحديث، ولكن مجموعها يجعل الحديث حسناً (انظر الإتحاف بتخريج أحاديث الإشراف: 3/ 1159).

(3) المقدمات: 2/ 504. ويذكر ابن رشد الجدّ أنّ أهل العلم اختلفوا في الحديث، هل يحمل على عمومه أو يقصر على سببه؟ وبعد أن رجّح القول بحمله على عمومه، ذكر خلافاً آخر وهو هل يحمل على عمومه في المشتري والغاصب، أو يقصر على المعنى الذي خرج عليه، وهو البيع؟ والمرجّح في المذهب ما ذكرناه.

(4) المعونة: 2/ 1217، والذخيرة: 8/ 281.

وروي عن الإمام مالك رواية أخرى أنّه عليه كراء ذلك كلّه، وهو اختيار أشهب والوقار واللخمي، والدليل[1]: حديث: «ليس لِعِرْقٍ ظالِمٍ حق».

ويستثنى عند عدم الاستعمال إذا نشأت الغلّة من غير استعمال وتحريك الغاصب كلبن ونسل وصوف وثمر؛ فإنّه للمغصوب منه، ويردّه الغاصب كلّه مع ما غصب، ويردّ فيما أكله مثله فيما له مثل، والقيمة فيما لا يقضى فيه بالمثل.

فإن فات المغصوب ولزمت القيمة، فعند الإمام مالك وعامّة أصحابه أنّ ربّه يأخذ الغلة وقيمة الذات المغصوبة. وقال ابن القاسم: لا غلّة له إذا أخذ القيمة، وهو المعتمد عند ابن رشد الجد وابن عرفة. ووجهه أنّ القيمة لمّا استقرّت في ذمّة الغاصب يوم الاستيلاء كانت قد نشأت في ملكه. وقول الأول مبني على أنّ القيمة تثبت في ذمة الغاصب يوم التلف[2]. وعلى هذا فإن ماتت الأمهات وبقيت الأولاد، وما جزّ من الصوف، وما حلب من اللبن، خيّر ربّها إن شاء أخذ قيمة الأمهات ولا شيء له فيما بقي من ولد وصوف ولبن، ولا من ثمنه إن بيع؛ وإن شاء أخذ الولد والصوف واللبن إن وجد أو ثمن ما بيع منها، وما أكل الغاصب أو انتفع به من ذلك فعليه المثل فيما له المثل والقيمة فيما يقوّم، ولا شيء عليه في الأمهات.

ويكون للمغصوب منه ما صاده جَارِحه من كلب أو طير بعد غصبه، وللغاصب أجرة عمله. وله ترك الصيد وأخذ أجرتهما من الغاصب. بخِلَاف آلَة الصيد كشَبكة أو شرك إذا غصبهما الغاصب واصطاد بهما، فليس لربّها أخذ الصيد. وإذا لم يكن الصيد له، فله أجرة كراء الآلة يأخذها من الغاصب. والفرق بين غصب آلة الصيد والجارح، أنه لما كان الجارح يباشر الصيد بنفسه كان المصيد لربّه، وأما الآلة لما كان المباشر للصيد بها الغاصب جعل المصيد له.

ومثل ذلك في الكراء لو غصب الغاصب أرضاً بنى فيها بناء وسكنها أو أكراها، فلربها كراؤها على الغاصب براحاً لا مبنية، فإن لم يسكن ولم يكرها فلا شيء لربها إذ مجرد البناء لا يعدّ استعمالاً موجباً للأجرة، خلافاً للناصر اللقاني.

ولابن رشد الجد تقسيم لغلات المغصوب، نذكره هنا للتوسّع والتفقّه في آراء علماء المذهب، وحاصله: أنّه اختلف في غلّات المغصوب على قولين:

أحدهما: أنّ حكمها حكم الشيء المغصوب.

والثاني: أنّ حكمها بخلاف حكم الشيء المغصوب.

فمن ذهب إلى أنّ حكمها حكم الشيء المغصوب، وهو قول أشهب فيقول: إنّه

---

(1) الجامع لأحكام القرآن: 6/ 201، والذخيرة: 8/ 281.

(2) حاشية الدسوقي: 3/ 448.

يلزمه قيمة الغلّة يوم قبضها، أو أكثر ما انتهت إليه قيمتها في الشيء المغصوب. وإن تلفت بأمر سماوي وتلف الشيء المغصوب، يضمن قيمته يوم الغصب، أو أيّ يوم شاء المغصوب منه.

وأمّا الذين ذهبوا إلى أنّ حكم الغلّة خلاف حكم الشيء المغصوب، فاختلفوا وتحصيل هذا الاختلاف ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: غلّة متولّدة عن الشيء المغصوب على هيئته وخلقته، وهو الولد. وفي هذا أنّ على الغاصب ردّه مع الأمّ إن كانت الأم قائمة، وإن ماتت كان المغصوب منه مخيّراً بين الولد وقيمة الأم.

الثاني: غلّة متولّدة عنه على غير خلقته وهيئته، وهي ثمر النخل ولبن الماشية وجبنها وصوفها وما أشبه ذلك. وهذا اختلفوا فيه على قولين:

أنّ ذلك للغاصب بالضمان، لا يلزمه ردّه على ظاهر قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان».

أنّه يلزمه ردّها إن كانت قائمة، أو ردّ قيمتها إن ادّعى تلفها ولم يعرف ذلك إلّا بقوله، مع عين الشيء المغصوب. وإن تلف الشيء المغصوب كان صاحبه مخيّراً بين أن يأخذ قيمته ولا شيء له في الغلّة، وبين أن يأخذ الغلّة ولا شيء له من القيمة. وهذا لقول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق».

الثالث: وغلل غير متولّدة عن الشيء المغصوب، وهي الأكرية والخراجات، وما أشبه ذلك. وهذا القسم اختلفوا فيه على خمسة أقوال: **أحدها**: أنّه لا يلزمه ردّه جملة من غير تفصيل؛ **الثاني**: أنّه يلزمه ردّه جملة من غير تفصيل بين أن يكري أو ينتفع أو يعطّل؛ **والثالث**: أنّه يلزمه الردّ إن أكرى ولا يلزمه إن انتفع أو عطّل؛ **والرابع**: أنّه يلزمه إن أكرى أو انتفع ولا يلزمه إن عطّل؛ **والخامس**: التفريق بين الحيوان والأصول.

وهذا كلّه فيما اغتلّ من الذوات المغصوبة مع بقائها وقيامها. وأمّا ما اغتلّ منها بتصريفها وتحويل عينها، كالدنانير يغتصبها فيغتلّها بالتجارة فيها، أو الطعام يغتصبه فيغتلّه بزرعه في أرضه، فالغلّة له قولاً واحداً في المذهب.

وهذا كلّه في الغصب، أي: بقصد غصب الذات وتملّكها. وأمّا إذا لم يقصد ذلك وإنّما قصد غصب المنفعة فقط، فهو ضامن للغلّة التي قصد إلى غصبها، سواء أكرى أو انتفع أو عطّل(1).

التجارة بالدنانير والدراهم المغصوبة:

تقدّم لابن رشد الجد أنّ من اغتصب دنانير ودراهم، واغتلّها في التجارة، فإنّ

---

(1) المقدمات: 2/ 496 ـ 498.

الغلّة للغاصب. وذكر أنّ ذلك قولاً واحداً في المذهب. ولعلّ ما ذكره الشيخ الدردير فيما يأتي في باب القراض من أنّ الغاصب إذا حرك المال المغصوب فله الربح وعليه الخسر؛ لأنّه ضامن لما بيديه، مبني على ما قطع به ابن رشد. وقد أورد القرافي أقوالاً ثلاثة لفقهاء المذهب في هذه المسألة، ثمّ ذكر أنّ هذا الخلاف يأبى ما ذكره ابن رشد من الاتفاق. والأقوال الثلاثة هي:

الأوّل: قول الإمامين مالك وابن القاسم، إنّه لا شيء لصاحب المال إلّا رأس ماله، لتقرّر الضمان على الغاصب، سواء استنفق المال أو اتجر فيه.

الثاني: قول ابن حبيب، إنّه إن اتجر فيها وهو موسر فله الربح، لقبول ذمّته الضمان؛ فإن كان معسراً فالغلّة لصاحب المال، لعدم قبول ذمّته الضمان.

الثالث: قول محمد بن سحنون، أنّ الاستحسان أن تقسّم المسألة أربعة أقسام:

القسم الأول: إن كان صاحب المال لا يتجر فيه لو كان ماله بيده، ولم يتجر فيه الغاصب بل قضاه في دين أو أنفقه؛ فلصاحبه رأس المال، لعدم تعيّن تضييع ربح عليه.

القسم الثاني: إن كان صاحب المال يتجر فيه لو كانت في يده، ولم يتجر الغاصب فيه؛ فلصاحب المال ضمان ربح ما كان يربحه في تلك المدّة؛ لأنّه حرمه إيّاه.

القسم الثالث: إن كان صاحب المال لا يتجر فيه، واتجر الغاصب فيه وهو موسر بغيره ولم يعامل لأجل ذلك المال، فالربح له لتقررها في ذمّته بالتصرّف. وإن كان فقيراً عومل لأجله، فالربح لصاحب المال لقوة شبهة تحصيل ملك للربح، كالولد في الحيوان.

القسم الرابع: إن كان صاحب المال يتجر فيه، واتجر الغاصب فيه وهو فقير؛ فعليه الأكثر من مما ربح أو ما كنت تربحه[1].

نفقة الغاصب على المغصوب:

مَا أَنْفَقَ الغاصب على المغصوب؛ كعلف الدابة وسقى الأرض وعلاجها وخدمة الشجر ونحو ذلك مما لا بدّ للمغصوب منه، فَذلك يكون في نظير الغلة التي استغلها الغاصب من يد المغصوب؛ لأنه وإن ظلم لا يظلم، فإن تساويا فواضح، وإن زادت النفقة على الغلة فلا رجوع للغاصب بالزائد. كما أنه إذا كان لا غلة للمغصوب فلا رجوع له بالنفقة لظلمه؛ وإن زادت الغلة على النفقة فلربه الرجوع بزائدها.

ونقل عن ابن عرفة ترجيح القول بأنّه لا نفقة للغاصب، لتعدّيه. ولربّ المغصوب أخذ الغلّة بتمامها مطلقاً، أنفق أو لا. وهذا القول لابن القاسم في الموازية. والقول الأول له في المدونة، واستظهره البناني؛ لأنّ الغاصب وإن ظلم لا يظلم، وقال: ولم

(1) الذخيرة: 8/ 317.

أجد في ابن عرفة ترجيح ذلك القول(1). ولعلّه يعني في كتاب المختصر الفقهي لابن عرفة.

نماء المغصوب:

قسّم ابن رشد الجد نماء المغصوب تقسيمات، نذكرها هنا للتوسّع والتفقّه، وحاصله: أنّ النماء ينقسم على قسمين:

القسم الأول: أن يكون من فعل الله تعالى كالحيوان الصغير يكبر، والمهزول يسمن، والمعيب يصحّ. وهذا ليس بفوت على حال.

القسم الثاني: أن يكون ممّا أحدثه الغاصب. وهذا ينقسم في مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك على وجهين:

أحدهما: أن يكون الغاصب قد أخرج فيه من ماله ما له عين قائمة، كالصبغ والبنيان، وما أشبه ذلك. وهذا الوجه بدوره ينقسم على وجهين:

أن يكون ذلك الشيء يمكنه إعادته على حاله، كالبقعة بينهما ونحو ذلك. فالمغصوب منه مخيّر بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ما له فيها من نقض إن كان له فيها نقض، وبين أن يعطي الغاصب قيمة ما له فيها من النقض مقلوعاً مطروحاً بالأرض بعد أجر القلع، قاله ابن شعبان وإليه ذهب ابن المواز. وهذا إذا كان الغاصب ممّن لا يتولّى ذلك بنفسه ولا بخدمه، وإنّما يستأجر عليه؛ وإلى هذا ذهب ابن دحون، واعتلّ في ذلك أنّ الغاصب لو هدمه لم يكن للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد الهدم، وإن لم يكن في البنيان الذي بنى الغاصب ما له قيمة إذا قلعه لم يكن للغاصب على المغصوب منه شيء؛ لأنّ من حقّه أن يلزم الغاصب هدم البناء وإعادة البقعة إلى حالها؛ فإذا أسقط حقه قبله في ذلك فلا حجّة له، ويؤيّد ذلك قول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق».

أن لا يقدر على إعادته على حاله، كالثوب يصبغه أو الجلد يدبغه أو السويق يلته وما أشبهه. فالمغصوب فيه مخيّر بين أن يدفع الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه، وبين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه، إلّا في السويق الذي يلتّه بالسمن وما أشبه ذلك من الطعام، فلا يخيّر فيه عنده لما يدخله من الربا، ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له.

الثاني: ألّا يكون أخرج فيه من ماله سوى العمل، كالخياطة، والنسج، وطحن الحنطة، والخشبة يعمل منها ثوابت وأبواباً، وما أشبه ذلك. وهذا الوجه ينقسم أيضاً على وجهين:

---

(1) الشرح الكبير: 3/ 450.

أن يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء عن اسمه، مثل الخياطة في الثوب والرفو له، ونحو ذلك. فهذا لا حقّ فيه للغاصب، ويأخذ المغصوب منه الشئ المغصوب معمولاً.

أن يكون العمل كثيراً ينتقل به الشيء المغصوب عن ذلك الاسم، كالخشبة يعمل منها تابوتاً أو أبواباً، والقمح يطحنه، والغزل ينسجه، والفضّة يصوغها حليّاً أو يضربها دراهم، وما أشبه ذلك. فهذا فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله فيما له مثل؛ هذا تحصيل مذهب ابن القاسم في هذا الوجه. وأشهب يجعل في ذلك أصله مسألة البنيان، فيقول: إنّه لا حقّ للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والدباغ والطحن وعمل التابوت والأبواب من الخشبة، وما أشبه ذلك. وقد روي عن ابن القاسم أنّ الصبغ تفويت يلزم الغاصب به القيمة يوم الغصب، ولا يكون للمغصوب منه أن يعطيه قيمة الصبغ ويأخذ الثوب؛ وكذلك ما أشبه الصبغ. وقد قيل: إنّهما يكونان شريكين بقيمة الصبغ وقيمة الثوب؛ وهذا القول أنكره في كتاب اللقطة من المدونة، وقال: إنّ الشركة لا تكون إلّا فيما كان بوجه شبهة[1].

ما يزول به الضمان:

يزول الضمان بإعادة الغاصب المغصوب إلى يد مالكه قبل الفوات؛ لأنّ علّة وجوب الضمان هي الغصب، والعلّة تدور مع الحكم وجوداً وعدماً؛ فإذا ردّه إلى صاحبه فقد فعل ما كان عليه أن يفعله من إزالة يده عنه، وترك إمساكه ظلماً، وإعادته إلى يد مالكه، فزال عنه الضمان لزوال السبب الموجب له وهو الغصب[2].

ما لا يقع به الفوات ولا التضمين ـ أي: لا تخيير للمغصوب منه:

ـ إذا نقص سوق الذات المغصوبة، فليس بفوات ويتعيّن على صاحبها أخذه.

ـ إذا سافر الغاصب بالذات المغصوبة ورَجَعَ بها من السفر بِحَالِها من غير نقص في ذاتها، فليس له تضمين الغاصب القيمة، بل يتعين عليه أخذها؛ لأن مجرد السفر ليس بفوات.

ـ إذا أَعَادَ الغاصب مَصوغاً بعد كسره لحَالَتِهِ الأولى فلا ضمان، وتعيّن أخذه. وكذا إذا كَسَرَه ولم يعده فلا يفوت.

وإذا أخذه صاحبه مكسوراً ضَمِنَ الغاصب أرش نقصه، هذا هو قول ابن القاسم الأول، ثم رجع عنه وقال: إنه مفوّت فله تغريمه القيمة ومشى عليه الشيخ خليل. والقول الأول لابن القاسم المرجح.

---

(1) المقدمات: 2/ 493 ـ 495.

(2) المعونة: 2/ 1215.

وإنّ أعاده الغاصب لغَيْرِ حَالَتِهِ الأولى فعليه القِيمَة لفواته حينئذٍ. وهذا كَتَغَيّرِ ذَاتِ المغصوب عند الغاصب فإنه مفيت، ولو قَلَّ التغير، وإنْ كان بأمر سماويّ، كهزال دابة فأعلى، وحينئذٍ له أَخْذه وأرْش نَقْصِهِ، أو تركه وأخذ القيمة يوم الغصب. وهذا بخلاف تغيّر السوق كما مرّ.

ـ إذا غصب الغاصب طعاماً أو شراباً، وأكَلَه رَبُّه أو شربه مُطْلَقاً، ضيافة أوْ لا، بإذن الغاصب أوْ لا؛ فإنّ الغاصب لا يضمن.

انتقال ملكية المغصوب للغاصب:

تنتقل ملكية الشيء المغصوب للغاصب بما يلي:

* إن اشتَرَاه من ربه.
* إذا وَرِثَه عن ربه.
* إذا غرم له قِيمَتَه لتَلَفٍ أو ضياع ثم وجده، أو غرم قيمته لنَقْص في ذاته.

والمراد: إن حكم عليه بالغرم ولو لم يغرم بالفعل. أي: ولا يردّ المغصوب منه القيمة ويأخذ المغصوب، والدليل[1]:

أ ـ القياس على الثمن في المبيع؛ لأنّه إذا تعذّر تسليم العين المغصوبة لصاحبها استقرّت القيمة بدلاً عنها، فوجب أن يملكها المغصوب منه كالثمن في المبيع.

ب ـ أنّ ضمان القيمة لو لم يكن سبباً في التمليك، لأدّى إلى اجتماع العوض والمعوض في ملك واحد فيما يصحّ تمليكه لعقود المعاوضات، وذلك خلاف الأصول.

التنازع بين الغاصب والمغصوب منه في دعوى التلف ووصف المغصوب:

يكون القَوْل للغاصب في دعوى تلف المغصوب ونَعْتِهِ وقَدْرِه وجِنْسِهِ، إذا خالفه ربه؛ لأنه غارم. وهذا إذا حلف وأشْبَهَ في دعواه، سواء أشبه ربّه أم لا. فإن لم يشبه فَالقول لرَبّ المغصوب بيمينه.

فإن ظَهَرَ كذب الغاصب في دعواه ما ذكر، فلرَبِهِ الرُّجُوع عليه بما أخفاه.

حكم من اشترى أو ورث أو وهب له شيء مغصوب:

وحكم المُشْتَرِي من الغاصب وَوَارِثه ومَوهوبه، إنْ عَلِمُوا بالغصب كَحكم الغاصب، يجري فيهم ما جرى في الغاصب من ضمان المثلي بمثله والمقوم بقيمته، ويضمنوا الغلة والسماوي؛ لأنهم غُصّاب بعلمهم الغصب، ويتبع ربه أيّهما شاء.

فإن لم يعلموا فالغَلَّة تكون للمُشْتَري؛ لأنه صاحب شبهة لعدم العلم. والغلة لذي الشبهة للحكم به لربه كما يأتي، ولا يرجع ربه بها على الغاصب لأنه لم يستعمل.

(1) الإشراف: 2/ 631، والمعونة: 2/ 1221.

ولا يَضْمَن التاجر المغصوب التالف بأمر سماوي[1] فلا يكون غريماً ثانياً للمالك بحيث يتبع أيهما شاء، بل الضمان فيه على الغاصب، أي: ضمان قيمته يوم الغصب. وإن كان المشتري يضمن لبائعه الغاصب الثمن الذي اشتراه به.

وأما التالف بغير سماوي بأن جنى عليه عمداً أو خطأً فإنه يضمن اتفاقاً في العمد، وعلى أحد التأويلين في الخطأ. والثاني: أنه لا ضمان عليه فيه كالسماوي.

لَكِنْ في خصوص مسألة الموهوب دون المشتري والوارث، عند عدم العلم إذا غرم في غير السماوي فإنه يَبْدَأ بالغَاصِبِ عند وجوده موسراً أو تركته إن مات قبل الموهوب له.

فإنْ تَعَذَّرَ الرجوع على الغاصب فالمَوْهُوب له الغير العالم بالغصب، يرجع عليه بمثل المثلي وقيمة المقوم، وتعتبر القيمة يوم الجناية، وأما الغاصب فيوم الغضب كما تقدم.

ولا رجُوعَ لغَارم من غاصب أو موهوب عَلَى غَيْرِهِ ممن لم يغرم منهما. فإذا غرم الغاصب فلا رجوع له على الموهوب، وإذا غرم الموهوب عند تعذر الغاصب فلا رجوع له على الغاصب. وأما المشتري فللمالك التخيير في أن يرجع عليه ولو غير عالم بالغصب عند وجود الغاصب موسراً مقدوراً عليه، فإن اتبعه رجع أي: المالك على الغاصب بالثمن الذي كان دفعه له، ثم إذا غرم المشتري للمالك الثمن أو القيمة يوم جنايته وكان ذلك أقل من قيمته يوم غصبه رجع بالزائد على الغاصب إن تيسر وإلا ضاع عليه. وأما وارث الغاصب فلا يتأتى فيه تبدئة بالغاصب، إذ لا غاصب مع الوارث أي: لموته، ولا في تركته لأن الفرض أن الوارث استولى عليها ومنها المغصوب.

وحاصل المسألة: أن المشتري من الغاصب ووارثه وموهوبه؛ إن علموا بالغصب فغُصّاب يجري فيهم جميع ما جرى فيه. ويضمنوا السماوي وغيره. وإن لم يعلموا فلا يضمنوا السماوي ويضمنوا غيره يوم الجناية، هذا بالنسبة للمغصوب. وإذا قلنا بضمانهم ففي المشتري يخير المستحق بين الرجوع على الغاصب أو عليه، كما لو علم بالغصب. فإن رجع على المشتري رجع المشتري على الغاصب على ما تقدم. وفي الموهوب يقدم الرجوع على الغاصب، ولا يرجع على الموهوب إلا إذا تعذر الرجوع على الغاصب. وفي الوارث لا يعقل تقديم الغاصب. وأما بالنسبة للغلة فالمشتري غير العالم يختص بها فلا رجوع للمالك بها عليه ولا على الغاصب كما تقدم. وأما الوارث فليس له غلة. وأما الموهوب فلا غلة له إن تعذر الرجوع بها على الغاصب، وإلا أخذ من الغاصب ومن غرمها منهما فلا رجوع له على الآخر. واعلم أن محل الرجوع بالغلة

(1) أي: كان مما يغاب عليه وثبت تلفه ببينة أو كان مما لا يغاب عليه ولم يظهر كذبه. وأما إذا لم يثبت التلف ببينة في الأول أو ظهر كذبه في الثاني فإنه يغرم القيمة لآخر رؤية.

على غاصب أو موهوب أو وارث حيث كانت السلعة قائمة، فإنَّ ربها إذا أخذها فله أخذ غلتها معها. وأما إن فاتت وأراد بها تضمين من ذكر قيمتها فلا غلة لربها بل للغاصب أو وارثه أو موهوبه.

ولا يَجْمَع المالك بَيْنَ أخذ القيمَة والغَلَّة، بل يخيّر بين أمرين:

الأول: إما أن يأخذ القيمة ولا غلة له، وليس له أخذ القيمة إلا إذا فاتت.

الثاني: وإما أن يأخذها مع غلتها إن استغلت لغير مشتر بلا علم، ولا يعوّل على قول من قال: يجمع بينهما.

التعدّي

ما تقدم هو حكم الغاصب، وهو من استولى على ذات شيء تعدياً، بنية تملكها بلا مقابل. ومثله السارق والمحارب في الضمان المذكور.

وأما المُتَعَدّي فيطلق على أمرين:

الأول: على غَاصِب المَنْفَعَةِ لا الذات.

الثاني: على الجَاني على الذات كلّها؛ أو الجاني على جزئها، كأن يجني على يدها أو رجلها أو عينها.

وفي كلّ بدون نيَّة تَمَلك لذاتها؛ كأن يحرقها أو يقتلها أو يكسرها أو يحبسها، ومنه تعدي المكتري أو المستعير المسافة بلا إذن، وذهابه في طريق غير المأذون فيها.

قال ابن عرفة: التعدي هو التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه.

ويشترك الغصب والتعدّي في أن في كل منهما تصرفاً في الشيء بغير إذن ربّه. ويفترقان في أمور منها:

- أن الفساد اليسير من الغاصب يوجب لربّه أخذ قيمة المغصوب إن شاء، والفساد اليسير من المتعدّي ليس لربه إلا أخذ أرش النقص الحاصل به.
- أن المتعدّي لا يضمن التالف بأمر سماوي، والغاصب يضمنه.
- أن المتعدّي يضمن غلة ما استعمل وما عطّل، بخلاف الغاصب فإنما يضمن غلة ما استعمل كما مر.
- أنّ المتعدّي يضمن المنفعة بمجرّد فواتها على ربّها وإن لم يستعمل؛ إلّا المتعدّي على البضع، أي: غاصب منفعة البضع للوطء، فإنّه يضمن بالاستعمال، فإذا وطئ أي: أكره امرأة على الزنا غرم الصداق، وعليه الحدّ. وسيأتي ذلك.

جناية الحيوان:

لا ضمان في جناية الحيوان، والدليل: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال:

«العجماء جبار»[1]، وفي رواية: «جرح العجماء جبار»[2]، وسيأتي التفصيل في باب موجبات الضمان.

تفصيل ما يضمنه المتعدّي وما لا يضمنه:

لَا يَضْمَن المتعدي السَّماويَّ بخلاف الغاصب، بل يضمن غَلَّةَ المَنْفَعَةِ التي أفاتها على ربه، وَلَوْ لَمْ يَسْتَعْمِلْ الشيء، فأولى إن استعمله؛ بأن ركب أو سكن أو نحو ذلك، بخلاف الغاصب فإنه إنما يضمن غلة ما استعمل بالفعل.

وأما الإنسان[3] إذا تعدى عليه المتعدّي، فلا يضمن المتعدّي غلته إلا إذا استعمله، لا إن حبسه حتى فاته عمل من تجارة أو خدمة أو صنعة فلا شيء فيه على المعتمد. ومن باع حرّاً وتعذّر رجوعه لزمته ديته لأهله دية عمد، وسواء تحقق موته أم لا؛ ويضرب ألف سوط؛ ويحبس سنة. فإن رجع الحر رجعت الدية لبائعه.

والبضع مثل الإنسان في عدم ضمان منفعته على المتعدّي إلا باستعماله بالفعل، فيضمن بالوطء مهر مثلها، لا بعدم الوطء بأن حبسها عن عمل أو تزويج بها أو حملها من زوجها، وذلك كالغَصْبِ لا يضمن فيه غلة إلا إذا استعمل. ودليل ضمان المهر[4]: قياس الأولى على الوطء بشبهة؛ لأنّها امرأة لم ترض ببذل بضعها بغير عوض، ويضمن الجناية عليها، فلزمه المهر لها، أصله إذا وطئها بشبهة.

التعدّي في المسافة:

إذا تعدّى مكتري الدابة أو مُسْتَعِيرها المسَافَةَ المأذونة بيَسِير؛ فعليه الكِرَاء لذلك الزائد ولا خيار لربها، إنْ سَلِمَتْ من العطب. فإن لم تسلم بأن عطبت أو تعدّى بكثير مطلقاً، أي: سلمت أو لم تسلم، خُيّرَ في أخذ كراء الزائد وفِي أخذ قِيمَتِهِ الشيء المستعار أو المستأجر وقت تعدى المسافة؛ فالكراء في صورة واحدة، وهي ما إذا كانت الزيادة يسيرة وسلمت والتخيير في ثلاثة إذا تعدى في المسافة، وهي ما إذا عطبت في اليسير أو زاد كثيراً عطبت أم لا. وإذا تعيّبت في التعدّي اليسير أو الكثير فإنّ له الأكثر من كراء الزائد وأرش العيب.

ولا فرق بين العارية والكراء، لكن في العارية كراء الزائد فقط، وفي الإجارة كراء الزائد مع الأصل.

---

(1) أخرجه البخاري في الزكاة، باب في الركاز الخمس؛ ومسلم في الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار.

(2) أخرجه مالك في العقل، باب جامع العقل؛ والنسائي في الزكاة، باب المعدن.

(3) نقصد الإنسان الحرّ الذي لم يسلط عليه الرق، كما كان الأمر قبل إلغاء الرق. وأما الرقيق فقد حذفنا الحديث عنهم في هذا الكتاب لما بيناه في مقدمة الجزء الأول.

(4) الإشراف: 2/ 629.

التعدّي بزيادة الحمل:

إذا تعدّى بزيادة الحمل بما تَعْطبُ بِهِ الدابة، وعطبت بالفعل؛ فيخير بين أخذ كراء الزائد وبين قيمتها وقته. فإن سلمت أو زاد عليها ما لا تعطب به، سواء عطبت أم لا، فعليه كراء الزائد في الثلاثة، وهي سلامتها فيما إذا زاد ما تعطب به، أو زاد ما لا تعطب به، عطبت أم لا. ودخل تحت قول «أم لا» صورة أخرى وهي التعييب، فتكون الصور أربعاً كما تقدم تفصيل ذلك في العارية، ويزاد صورة سادسة وهي ما إذا زاد ما تعطب به وتعيّبت، وتقدم أن له الأكثر من كراء الزائد وأرش العيب.

الضمان في الفساد الكثير دون اليسير:

يضمن المتعدي قيمة السلعة في الفساد الكثير إن شاء مالكها، دون اليسير فإنه يضمن نقصها فقط.

فإذا أفاتَ المتعدّي بتعديه الأمر المَقْصُودَ من الشيء الذي تعدّى عليه عمداً أو خطأ، كقَطْع ذنَبِ دَابَّةٍ ذي هَيْئة كأمير وقاض، فقطع ذنبها مفيت للمقصود منها الذي هو الركوب؛ إذ بعد قطعه لا يركبها ذو هيئة. بخلاف قطع ذنب غيرها مما لا يركبها ذو هيئة، أو مما لا تركب كبقرة، أو قطع بعضه، أو نتف شعره، فإنه لا يفيت المقصود، فيكون من اليسير الذي فيه أرش النقص.

ومن المفيت قطع أُذُنِ دابة ذي الهيئة؛ أو قطع طَيْلُسَانِهِ، وهو ما يلقى على الرأس والكتف؛ أو قطع لَبَنِ شَاةٍ وبقر هو المقصود منها، كما هو شأن كثير من البقر فإن المَقْصُودَ منها اللبن.

فيخير في الكثير بين أخذه مع أرش نقصه وبين تركه للمتعدى وأخذ قيمته يوم التعدي.

وإنْ لَمْ يُفِتْ المقصود منه فَيتعين أخذ ما ينقصه، وليس له تركه للمتعدّي وأخذ قيمته، جبراً وأما بتراضيهما فجائز.

ما يجب على المتعدّي:

يجب على المتعدّي إصلاح ما أفسده من متاع المتعدّى عليه؛ كرَفو المتعدي الثَّوْبَ ولو زاد على قيمته، سواء في العمد والخطأ، أفات المقصود منه حيث أراد ربه أخذه ونقصه أم لم يفته، ثم ينظر إلى أرش النقص بعد رفوه فيأخذه ربه مع أخذ الثوب.

كما يجب عَلَى الجاني على الإنسان خطأ وليس فيه مال مقرر شرعاً، أو عمداً لا قصاص فيه ولا مال؛ أجْرَةُ الطَّبِيبِ وقيمة الدواء. ثمّ إن برئ على غير شين فلا يلزمه شيء إلّا الأدب في العمد؛ وإن برئ على شين غرم النقص، وهذا القول هو الراجح.

وهذا أحد قولين، والثاني: لا يلزمه أجرة الطبيب ولا قيمة الدواء، ثمّ ينظر بعد البرء فإن برئ على شين غرم النقص، وإن برئ على غير شين فلا شيء عليه غير الأدب.

وأما ما فيه مقرر شرعاً كالجائفة فلا يلزمه أجرة اتفاقاً، فإن كان فيه القصاص فإنما يلزمه القصاص، ولا يلزمه شيء زائد على ذلك.

حكم زراعة الأرض غصباً أو تعدّياً:

إنْ زَرَعَ مُتَعَدٍّ الأرْضَ التي استولى عليها بغصب لها أو لمنفعتها، وقُدِرَ عَلَيْهِ بعد أن زرع؛ فإنْ لم يبلغ حدّ الانتفاع بالزرع، سواء برز على الأرض أم لم يبرز أخِذَ منه الزرع بِلَا شَيء في مقابلة البذر والعمل، وإن شاء أمره بقلعه، فالخيار لصاحب الأرض لا للزارع. والدليل على أنّ لصاحب الأرض أن يأخذ منه الزرع بدون مقابل[1]: حديث: «ليس لعرق ظالم حق».

ولا يجوز أن يتفقا على إبقائه في الأرض بكراء؛ لأنه يؤدّي لبيع الزرع قبل بدوّ صلاحه وهو غير جائز، مع كراء[2].

فإن بلغ حدّ الانتفاع به ولو للرعي، إنْ لَمْ يَفُتْ وَقْت ما تُرَادُ الأرض لَهُ ممّا شأنه أن يزرع فيها غالباً، لا خصوص الزرع الذي زرعه المتعدي خاصة. وقيل: إبّان ما زرعه خاصة؛ فَللمستحق صاحب الأرض، الخيار بين أمرين:

الأوّل: أمر ربّ الزرع بقلعه وتسوية أرضه. والدليل على ذلك[3]: قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» وهذا عرق ظالم. ووجه كون صاحب الأرض له اختيار قلعه، أنّ الغاصب ليس له أن يتركه لربّ الأرض إلّا برضاه، إذ من حقّ ربّ الأرض أن لا يقبل معروف الغاصب.

الثاني: وبين أَخْذ الزرع بِقِيمَتِهِ مَقْلُوعاً، بعد إسقاط الكلفة التي لم يتولها الغاصب. فحاصله: أنه إذا لم يفت وقت الإبان فالخيار للمستحق؛ إما أن يأمره بقلعه أو يدفع له قيمته مقلوعاً على ظاهر المدونة واختاره اللخمي. ووجه كون صاحب الأرض له أن يختار إعطاء الغاصب قيمة زرعه مقلوعاً، أنّ الزرع في أرضه وهو بالعقد ـ أي: بشرائه بقيمته مقلوعاً ـ داخل في ضمانه، فلا يكون من بيع الزرع قبل بدوّ صلاحه الممنوع.

فإن فات وقت ما تراد له الأرض فلصاحبها كِرَاء سَنَة يلزم المعتدي، وليس لربها كلام، والزرع للغاصب. هذا هو الراجح، والدليل[4]: الاستحسان، لما في قلعه من

---

(1) البيان والتحصيل: 9/ 53.
(2) البيان والتحصيل: 9/ 53.
(3) المعونة: 2/ 1220، والبيان والتحصيل: 9/ 53.
(4) البيان والتحصيل: 9/ 51.

الفساد العام للناس. وأمّا القياس فيقتضي أن يكون ذلك لصاحب الأرض إذا كانت له منفعة في أرضه بغراسات أخرى، إذ قد تكون المنفعة بها أكثر من منفعة الزرع. وقد روجع أصبغ بن الفرج بأنّ ما يريد صاحب الأرض من أرضه خير له من أخذ كرائها من الغاصب، فأجاب بأن له فسحة في الكراء بأن يأخذ فيه ما يعوّضه عن خسارته في ذلك العام وما ينجرّ عن الغصب من عدم قلب الأرض وأثر ذلك في ضعف الزرع في العام القابل؛ فقال للسائل: وأمّا ما ذكرت من القليب الذي يفوته فيها، فإنّ الذي يفوته من ذلك يستوفيه في كرائها؛ لأنّ كراءها إنّما يحسب على قدر ما حبسها عنه وما منعه من منفعتها، وعلى قدرها وكرمها، فهو يستوفي جميع ذلك في الكراء.

وقيل: للمستحق قلعه أيضاً وأخذ أرضه كما إذا لم يفت وقت الإبان، واختاره ابن يونس؛ وقيل: الزرع لربّ الأرض فله أخذه ولو طاب وحصد واختاره غير واحد، فكلّ من الأقوال رجح. ورجّح الشيخ خليل الأول تبعاً للخمي.

مسائل يجب فيها الضمان تدخل في هذا الباب[1]:

- من ترك تخليص شيء يتوقّع هلاكه، من نفس أو مال، وكان قادراً على تخليصه بيده أو جاهه أو ماله؛ فإنّه يضمن ذلك، ولو كان التارك للتخليص صبياً؛ لأنّ الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف الذي يشترط فيه البلوغ.

ويغرم القادر في النفس الدية في ماله إذا ترك تخليصها حتى قتلت عمداً بغير تأويل؛ وعلى عاقلته إن كان متأوّلاً. ولا يقتل به ولو ترك التخليص عمداً على مذهب المدونة. وحكى القاضي عياض عن الإمام مالك أنّه يقتل به في الترك العمد. وفي التوضيح عن الإمام اللخمي، أنّه خرّج ذلك على الخلاف فيمن تعمّد شهادة الزور حتى قتل بها المشهود عليه، قال: فقد قيل: يقتل الشاهد، ومذهب المدونة لا قتل عليه.

ويغرم القادر في المال القيمة أو المثل.

واعلم أنّه يجب تخليص ما هو متوقع هلاكه من نفس أو مال لمن قدر عليه، ولو بدفع مال من عنده، ويرجع به على ربّه حيث توقّف الخلاص على دفع المال، ولو لم يأذن له ربّه في الدفع. وقد علم أنّ من دفع غرامة عن إنسان بغير إذنه كان للدافع الرجوع بما دفعه عنه إن حمى بتلك الغرامة مال المدفوع عنه أو نفسه.

- من ترك مواساة بخيط، أو دواء لجرح، أو زائد طعام وشراب، لمضطرّ حتّى مات المجروح أو المضطر؛ فإنّه يضمن دية الخطأ إن تأوّل، وإلّا اقتصّ منه كما يأتي في الجنايات. وقال اللخمي عليه الدية في مال.

---

(1) ذكر الشيخ الدردير هذه المسائل في آخر باب الذكاة، والمناسب تأخيرها إلى هذا المكان.

ـ من طلب منه عمد أو خشب ليسدّ به جداراً، فامتنع حتى وقع الجدار، فإنّه يضمن ما بين قيمة الجدار مائلاً ومهدوماً. ويقضى لمن وجبت عليه المواساة بالثمن على المواسى أي: المضطر، إن وجد معه. فإن لم يوجد معه الثمن لم يلزمه ولو كان غنياً ببلده أو تيسّر بعد ذلك. ولا يتعلق بذمته شيء. والمراد بالثمن ما يشمل الأجرة في العمد والخشب.

وأولى في الضمان من تسبب في الإتلاف، كدالّ سارق أو ظالم، وحافر حفرة، وواضع مزلق لوقوع آدمي أو غيره. وقد تقدّم.

ـ من أمسك وثيقة أو قطعها، حيث كان شاهدها لا يشهد إلّا بها، ولزم على إمساكها وقطعها ضياع الحق؛ فإنّه يضمن. وهذا إذا لم يكن لها سجلّ يتيسّر إخراج نظيرها منه، وإلّا فيضمن ما يخرج به من السجلّ فقط.

وأمّا من قتل شاهدي حقّ عمداً أو خطأً وضاع الحق، ففي ضمانه لذلك الحق تردّد إذا لم يقصد بقتلهما ضياع الحق، وإلّا ضمنه قطعاً. ومثل قتلهما قتل من عليه الدين.

الاستحقاق

تعريف الاستحقاق لغة:

إضافة الشيء لمن يصلح له، وله فيه حق، كاستحقاق هذا من الوقف مثلاً بوصف الفقر أو العلم.

تعريف الاستحقاق اصطلاحاً:

هو رَفْعُ ملك شيء بثبوت ملك قبله.

فقوله: «قبله» خرج به رفع الملك بثبوت ملك بعده، كما في الهبة والصدقة والبيع والإرث.

حكم الاستحقاق:

الاستحقاق واجب إن توفر سببه وإن ترتب على عدم القيام به مفسدة؛ وإلا جاز.

سبب الاستحقاق:

سببه قيام البينة على عين الشيء المستحق أنه مِلك للمدعي، لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه إلى الآن.

مانع الاستحقاق:

يمنع الاستحقاق أحد أمرين:

ـ السكوت، بعدم قيام المدّعي بلا عذر، مدة أمد الحيازة.

ـ الفعل، أي: اشتراؤه من حائزه من غير بيّنة يشهدها سرّاً قبل الشراء: بأني إنّما قصدت شراءه ظاهراً خوف أن يفيته علي بوجه لو ادعيت به عليه.

شروط الاستحقاق:

1 ـ الشهادة على عينه إن أمكن، وإلّا فحيازته.

2 ـ الإعذار في ذلك للحائز، فإذا ادّعى مدفعاً أجّله فيه بحسب ما يراه.

3 ـ يمين الاستبراء.

استحقاق الأرض المزروعة بشبهة ملك:

الزارع في غير ملكه إمّا أن يكون غاصباً أو متعدّياً أو ذا شبهة. وقد سبق حكم الأوّلين، ونذكر هنا حكم ذي الشبهة.

وحكمه مثل الغاصب والمتعدّي، في وجوب الكراء وتبقية الزرع لزارعه إن استحقت الأرض التي زرعت مِنْ طرف صاحب شُبْهَةٍ، كوارث أو مشتر أو مكتر، من غير غاصب، أو من غاصب ولم يعلموا بالغصب، أو من مَجْهُول لم يعلم هل هو متعدّ أو لا، إذ الأصل عدم العداء، فإذا استحقها ربّها قَبْلَ فَوَاتِ الإبَّان فليس للمستحق إلا كراء تلك السنة، وليس له قلع الزرع؛ لأنّ الزارع غير متعدّ، فإن فات الإبان فليس للمستحق على الزراع شيء؛ لأنه قد استوفى منفعتها، والغلة لذي الشبهة أو المجهول لوقت الحكم كما يأتي. فإنْ حَرَثَ ذو الشبهة أو المجهول الأرض ولم يزرع فاستحقها ربها، أَخَذَهَا المُسْتَحِقُّ لها وَدَفَعَ لحارثها ذي الشبهة أو المجهول كِرَاءَ الحرْثِ. وأمّا المتعدّي فلا يلزم ربها شيء لحرث ولا غيره.

وإنْ أكْرَاهَا ذو الشبهة أو المجهول لغيره ما فوق السنة، فاستحقها مالكها بعد الإجارة، فللمَالِكِ فسخ الإجارة بَعْدَ الحَرْثِ، فأولى قبله. وله الإمضاء وقِيلَ: للمالك، إن اختار الفسخ بعد الحرث وقبل الزرع: ادْفَعْ للمكتري أجرة الحرث إنْ لَمْ يَزْرَعْ، فإنْ أَبَى من دفع الأجرة قِيلَ: للمُكْتَرِي الذي حرثها: ادفع للمستحق كراء سنة وازرعها، وإلّا تدفع له كراء سنة أَسْلِمْهَا له بلَا شَيء تأخذه منه، ومثل ذلك فيما لو أكراها ذو الشبهة أو المجهول سنة فقط أو استحقت بعد حرث ذي الشبهة منه أو المجهول.

وإنْ زَرَعَ المكتري تَعَيَّن الكِرَاء عليه للمالك، ولا خيار له للفوات بالزرع. وهذا إنْ بَقِيَ الإبَّانُ، فإن فات الإبّان فليس للمالك كلام في الكراء؛ لأنّ ذا الشبهة أو المجهول يفوز بأجرة تلك السنة.

وللمالك إمضاء الإجارة للمكتري من ذي الشبهة في المُسْتَقْبَلِ من السنين إنْ عَرَفَ المستحقّ والمكتري نسبة ما ينوب الباقي من الأجرة لتكون الإجارة بشيء معلوم، كما

لو كان لكل سنة دينار. فإن لم تعلم النسبة بأن كانت الأجرة تختلف لاختلاف الأرض بالقوة والضعف في المستقبل، ولم يوجد من يعرف التعديل فيكون الفَسْخُ في المستقبل متعيّن، للجهل بالأجرة. ولا خَيَارَ للمُكْتَرِي إذا أمضى المستحق، بل يلزمه العقد.

ومثل أرض الزراعة غيرها من عقار أو حيوان إذا استحق فالخيار للمستحق على الوجه السابق ولا خيار للمكتري، ويقضى للمستحق بإنقاد ما بقي في المستقبل في أرض الزراعة وغيرها من دار أو دابّة بشرطين:

الأول: إن انْتَقَدَ المُكْرِي ذو الشبهة أو المجهول جميع الكراء من المكتري، وحينئذٍ فيلزمه أن يردّ أجرة ما بقي للمستحق، وقيل: يأخذها من المكتري ثمّ هو يرجع على من أكراه؛ أو شَرَطَهُ المكري؛ أو جرى به عرف وإن لم ينتقد بالفعل.

الثاني: أن يكون المستحقّ مأموناً في نفسه ودينه، بأن لا يكون عليه دين محيط، ولا يخشى منه الفرار أو المطل، خوفاً من طروء استحقاق آخر فيتعذر الرجوع عليه، إلا أن يأتي بحميل ثقة. وفإن لم يكن مأموناً ولا حميل له فليس له أن ينتقد، بل يوضع ما بقي من الأجرة تحت يد أمين حتى تنقضي المدة.

حكم غلة ما استحق:

وتكون غلّة ما استحق من أجرة أو استعمال أو لبن أو صوف أو ثمرة لِذِي الشُّبْهَةِ أو المَجْهُولِ حاله لوقت الحكم بالاستحقاق، فليس للمستحق قبل الاستحقاق شيء منها. وأما الغاصب أو المتعدّي فلا غلة له كما تقدم.

وذو الشبهة هو الوارِث لغَاصِب، والمَوهُوب، والمُشْتَرِي ولَوْ من الغاصب، وذلك إنْ لَمْ يَعْلَم الموهوب والمشتري بأن الواهب أو البائع له غاصب.

وهذا بخِلاف الوارِثِ لغَاصِبٍ مُطْلَقاً، أي: علم بأنّ مورثه غاصب أو لم يعلم، فلا غلّة له كما تقدم في الغصب، فليس بذي شبهة. فإن علم الموهوب أو المشتري بأنّ الواهب أو البائع غاصب فهما غاصبان كما تقدم، كالوارث إن علم، فإن لم يعلم فله حكم الغاصب من أنه لا غلّة له.

وكذلك بخلاف المَوْهُوبِ له من الغاصب ولم يعلم، فلا غلة له إنْ عِدِمَ الغَاصِبُ، فإن وجد موسراً مقدوراً عليه فله الغلة، والرجوع حينئذٍ على الغاصب كما تقدم في الغصب.

وكذلك من أحيا أرضاً ظَنَّهَا مَواتاً، فتبين أنها مملوكة فلا غلة له، بل هي لمستحقها ذكره ابن يونس، ولم يحك فيه خلافاً، ولذا قال أبو الحسن: الغلة لا تكون لكل ذي شبهة.

وكذلك إذا طَرأ ذُو ديْنٍ عَلَى وارثٍ، فلا غلّة للوارث المطروّ عليه، بل يأخذ منه رب الدين الموروث وغلّته. أي: إن الوارث إذا ورث عقاراً كدار مثلاً، واستغله

بسكنى أو كراء ثم طرأ عليه من له دين على الميت، فإنّ الوارث يرد الموروث وغلته لرب الدين إذا كان الدين يستوفيها، وليس له إلا ما فضل عن الدين. وما هلك من ذلك بسماوي لا ضمان عليهم فيه.

وكذلك إذا طرأ على الوارث وارِثٌ مثله، فإنّ الأوّل لا يستقلّ بالغلّة، فالأخ الطارئ يقاسم الأخ الأول فيما ترك الميت من عقار أو غيره وفيما استغله.

إلّا أنْ يَنْتَفِعَ المطروّ عليه بما ترك الميت بِنَفْسِهِ من غير كراء؛ كأن يسكن الدار ويركب الدابة ويزرع الأرض، فلا يرجع عليه الطارئ؛ بشرطين:

- أن لا يكون عالماً بالطارئ.
- أن يكون في نصيبه ما يكفيه واقتصر على قدر نصيبه في السكني، فإن زاد غرم.
- أن لا يكون الطارئ يحجب المطروّ عليه.
- أن يفوت الإبان فيما له إبّان. فطروّ وارث على غيره قبل الإبان لا يمنع قيام الطارئ في تلك السنة.

وإنْ بَنَى ذو الشبهة أو غَرَسَ فاستحقت الأرض بغير وقف، قيل للمَالِكِ الذي استحق الأرض: ادْفَعْ قيمته قَائِماً منفرداً عن الأرض؛ لأن ربه بناه بوجه شبهة؛ فإنْ أَبَى قِيلَ للبَاني: ادفع لمستحق الأرض قِيمَةَ الأرْضِ براحاً؛ فإنْ أبى أيضاً فهما شَرِيكَانِ بالقِيمَةِ، هذا بقيمة أرضه براحاً وهذا بقيمة بنائه أو غرسه قائماً يَوْمَ الحُكْمِ لا يوم الغرس أو البناء.

وهذا بخلاف المُسْتَحَقَّة بوقف على معيّنين أو غيرهم، فيتعيّن المنقوض لربّه بأن يقال له: انقض بناءك أو غرسك وخذه ودع الأرض لمن وقفت عليه؛ إلا أن يكون في بقائه منفعة للوقف، ورأى الناظر إبقاءه، فله دفع قيمته منقوضاً من ريع الوقف إن كان له ريع، فإن لم يكن ريع ودفعه من عنده متبرعاً لحق بالوقف وليس له أن يتملكه؛ كما لو بنى هو أو غيره بإذنه فلا يكون مملوكاً له ولا لغيره، بل هو ملحق بالوقف على ما نصوا عليه.

واعلم أن الواقع الآن بمصر أنّ النظار يبيعون أوقاف المساجد أو غيرها، والمشتري منهم عالم عارف بأن هذا وقف على مسجد الغوري أو الأشرف أو غيرهما أو على بني فلان، ثم يجعلون لجهة الوقف دراهم قليلة يسمّونها حكراً ويسمّون استيلاء البغاة على تلك الأوقاف خلواً وانتفاعاً، يباع ويشترى ويورث، وبعضهم يرفع ذلك الحكر بتوجيه الناظر على نحو جامكية أو وظيفة ويبطلون الوقف من أصله، ثمّ ينسبون جواز ذلك للمالكية، وصار قضاة مصر يحكمون بصحة ذلك معتمدين على جواز ذلك عند المالكية، وحاشا المالكية أن يقولوا بذلك، كيف؟ ومذهبهم هو المبني على سد الذرائع وإبطال الحيل؟ وسندهم: فتوى وقعت من الناصر اللقاني ليست من هذا القبيل

فانظرها في المطولات. وحاصلها أنه قال في فتواه: «اللهم إلّا أن يتعطل الوقف بالمرّة، ولم يكن هناك ريع له يقيمه، ولم يمكن إجارته بما يقيمه؛ فأذن الناظر لمن يبني فيه أو يغرس في مقابلة شيء يدفعه لجهة الوقف أي: بقصد إحياء الوقف، على أن ما بناه أو غرسه يكون له ملكاً ويدفع عليه حكراً معلوماً في نظير الأرض الموقوفة لمن يستحقّه من مسجد أو آدمي، فلعلّ هذا يجوز إن شاء الله تعالى، ويسمّى البناء والغرس حينئذٍ خلوّاً يملك ويباع ويورث» اهـ. ولذلك قال الأجهوري: وملك الخلوّ من قبيل ملك المنفعة، لا من قبيل ملك الانتفاع، وحينئذ فلمالك الخلوّ بيعه وإجارته وهبته وإعارته ويورث عنه ويتحاصص فيه غرماؤه.

فإن كان استنادهم فتوى الناصر اللقاني، فهي ليست من هذا القبيل. وإن كان استنادهم الرسالة التي ألفها الغرقاوي في جواز ذلك فهي لا توافق قواعد المذهب.

استحقاق بعض الشيء:

إن استُحِقَّ بعض شيء متعدد اشتري في صفقة واحدة، كأن يشتري عشرة أثواب بمائة، فاستحق منها واحد أو أكثر، فالحكم كالمبيع المعيبِ. فإن كان المستحق وجه الصفقة تعين نقض البيع، لما تقدم أنه لا يجوز التمسك بالأقل إذا استحق الأكثر أو ظهر معيباً، وإن كان غير وجه الصفقة جاز التمسك بالباقي. ويعرف ذلك بالتقويم لا بالثمن الذي وقع به البيع.

رجوع المشتري المستحق منه على البائع:

من اشترى شيئاً فاستحق من يده، فإنه يرجِع بالثَمنِ الذي خرج من يده عَلَى بَائِعِه؛ إلّا أنْ يَعْلَم صحَّة ملك البائع لما استحق منه، وأنّ مدّعي الاستحقاق هو الظالم، فلا رجوع له على البائع، وصارت المصيبة منه.



الشفعة

تعريف الشفعة لغة:

الشفْعَةُ، بسكون الفاء، قال عياض: أصلها من الشفع ضد الوتر؛ لأنّ الشفيع يضمّ حصّة شريكه إلى حصته، فيصير حصتين فيكون شفعاً بعد أن كان وتراً. والشافع هو الجاعل الوتر شفعاً.

تعريف الشفعة اصطلاحاً:

الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه، من عقار بثمنه، أو قيمته، بصيغة.

قوله: «اسْتِحْقَاقُ» المراد بالاستحقاق المعنى اللغوي وهو الطلب، وليس المراد الاستحقاق الشرعي الذي هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله؛ لأنه لا يصحّ هنا.

قوله: «شَرِيكٍ» خرج بشريك استحقاق غيره شيئاً، كدين أو وديعة أو منفعة بوقف أو سلعة ونحو ذلك، فالشفعة هي استحقاق الشريك أخذ أو لم يأخذ. وتطلق على نفس الأخذ بالفعل. والأظهر الأول؛ لأن ماهية الاستحقاق إنما هي طلب الشريك أخذ مبيع شريكه وعدمه، والأخذ والترك عارضان لها، والعارض شيء غير ذلك الشيء المعروض.

واستحقاق الشريك يكون بجزء شائع لا بأذرع معيّنة، فلا شفعة لأحدهما على الآخر؛ لأنهما جاران. وكذلك لا بأذرع غير معيّنة، عند مالك ورجحه ابن رشد، ولأشهب فيها الشفعة. فإن قيل: كلّ من الجزء كالثلث والأذرع غير المعينة شائع؛ والجواب أن شيوعهما مختلف، إذ الجزء شائع في كلّ جزء من الكلّ ولو قلّ، وليس كذلك الأذرع لأن الأذرع إن كانت خمسة فإنما تكون شائعة في قدرها، أي: في كلّ خمسة من الأذرع لا في أقلّ منها.

قوله: «أَخْذ مَا عَاوضَ به شَرِيكُهُ» قوله: أخذ، مفعول المصدر وإضافته لـ «ما» من إضافة المصدر لمفعوله، وخرج بـ «ما عاوض به» الهبة، والصدقة، والوصية بشقص[1]، فلا شفعة فيها.

---

(1) الشقص: القطعة والجزء.

قوله: «من عقار» بيان لـ «ما»، وخرج به غير العقار، من الحيوان، والعروض، فلا شفعة فيه.

قوله: «بِثَمَنِهِ» أي: الذي وقع به البيع كما هو الغالب.

قوله: «أو قيمته» لإدخال بعض الصور التي لم تقع المعاوضة فيها بثمن أي: بمتمول كالخلع والنكاح والمصالح به عن عمرى، والمصالح به عن دم عمد عن إقرار أو إنكار. فالمراد بالمعاوضة ما يشمل المالية وغيرها. لأن البضع والعصمة وما معهما غير متمول، فلا يقال له ثمن عرفاً.

قوله: «بصيغة» أراد بها ما يدل على الأخذ.

حكم الأخذ بالشفعة:

الأخذ بالشفعة حقّ للشريك المستحق أعطاه الشرع له، ويجبر عليه الشريك البائع كما يجبر علي المشتري شرعياً. والدليل على كون الأخذ بها حقّا للشريك جعله له الشرع[1]: عن جابر ﷺ، قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه»[2]. وفي رواية عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كلّ شركة لم تقسم، ربعة أو حائط. لا يحلّ له أن يبيع حتّى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك. فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به»[3]. ومعنى «قضى»: حكم وألزم.

وفي رواية عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كلّ شرك، في أرض، أو ربع، أو حائط. لا يصلح أن يبيع حتّى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع. فإن أبى فشريكه أحقّ به حتى يؤذنه»[4].

وفي رواية عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له شريك في ربعة أو نخل، فليس له أن يبيع حتّى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك»[5]. الربعة: تأنيث الربع، وهو المنزل. والحائط: بستان النخل.

وروي عن جابر بن عبد الله ﷺ قال: إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرّفت الطرق فلا شفعة[6]. وروي عن أبي سلمة أنّ

---

(1) المعونة: 2/ 1267، والمقدمات: 3/ 61، وبداية المجتهد: 2/ 287، والمفهم: 2902 ـ 2904.

(2) أخرجه مالك في الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة؛ والبخاري في الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم.

(3) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة.

(5) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة.

(6) أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الشريك من شريكه.

رسول الله ﷺ قال: «الشفعة في كلّ مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة»[1].

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أمر الشريك بإيذان شريكه عند البيع، فدلّ على أنّ الشريك أحق بنصيب شريكه، وله انتزاعه ممن اشتراه، ولا يحلّ للمشتري امتناعه من ذلك.

علّة حكم الأخذ بالشفعة:

حكم الشفعة معقول المعنى. وإنّما اختلف في العلّة التي من أجلها شرع الأخذ بالشفعة على قولين، وهما[2]:

الأول: أنّها دفع ضرر القسمة على من لم يبع، لما فيها من مؤنة القسمة وما يلزم من النفقة، كما بيّناه آنفاً.

الثاني: أنّها دفع ضرر الشركة الطارئة على من لم يبع.

وسيأتي أثر هذا الاختلاف.

أركان الشفعة:

أركانها أربعة: آخذ؛ ومأخوذ منه، ومأخوذ، ومأخوذ به، وصيغة. أما البائع وهو الشريك المعاوض فهو من أسباب الشفعة لا من أركانها.

الركن الأول: وهو الآخذ بالشفعة أي: من يحق له الأخذ بالشفعة:

1 ـ الشريك المستحق أي: الذي لم يعاوض، له الأخْذُ بالشفعة لما عاوض عليه شريكه من العقار. ويشمل الشريك:

* الشريك الذِميّ إذا باع شريكه المسلم أو الذّمّي نصيبه لذمّي أو مسلم، فللذّمّي الأخذ من المشتري بالشفعة. والدليل على استحقاق الذمّي الأخذ بالشفعة[3]:

أ ـ حديث جابر المتقدم، وفيه قوله ﷺ: «بين الشركاء»، وقوله: «من كان له شريك».

ب ـ قوله ﷺ: «فإن أبى فشريكه أحقّ به».

ووجه الاستدلال أنّ الحديثين عامان في كلّ شريك، لم يخصّا مسلماً من غيره.

ج ـ القياس على الردّ بالعيب؛ لأنّ الشفعة حقّ وضع لإزالة الضرر، فاستوى فيه المسلم والكافر، كالردّ بالعيب.

---

(1) أخرجه النسائي في البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها.

(2) عارضة الأحوذي: 6/ 131، والمقدمات: 3/ 65، ومفتاح الوصول: 110.

(3) الإشراف: 2/ 635، والمعونة: 2/ 1981. والمقدمات: 3/ 62، وبداية المجتهد: 2/ 287، والمفهم: 5/ 2902.

د ـ عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك إثر ذكره حديث جابر: «وعلى ذلك السنّة التي لا اختلاف فيها عندنا»[1].

لكن إن كان الشريكان ذميين باع أحدهما لذمي فشرط القضاء بها أن يترافعا إلينا. فمتى كان أحد الثلاثة مسلماً فهي ثابتة ترافعا أو لم يترافعا، وإلا فلا تثبت إلا بالترافع.

* الشريك المُحبِّس لحصته قبل بيع شريكه، فله الأخذ بالشفعة ليُحَبسَ في مثل ما حبس فيه الأول، لا إن لم يقصد التحبيس فليس له الأخذ. كما أن المحبّس عليه ليس له الأخذ بها ولو ليحبس. وكذلك نَاظِر الوقف ليس له الأخذ بها ولو ليُحبسَ بها فيما حبس الأول؛ لأنه ليس له أصل يأخذ به، وقيل: إن أراد الأخذ ليلحقه بالأول فله ذلك. إلّا أن يكون لمن ذكر من المحبّس عليه أو الناظر مرجع الوقف، أي: رجوعه كمن حبس على جماعة مدة معلومة ثم بعد ذلك يكون لفلان ملكاً، فله حينئذٍ الأخذ بها. وكذا إن جعل المحبّس له الأخذ ليحبس في مثل الأول، فله ذلك لأنه جعله وكيلاً عنه في ذلك.

2 ـ وَكِيل الشريك.

3 ـ الوليّ، له الأخذ بالشفعة لمَحْجُورِهِ السفيه أو الصبي أو المجنون، إذا باع شريك المحجور.

4 ـ السّلطَان، له أخذ بالشفعة لبَيْتِ المَالِ. فإذا مات أحد الشريكين ولا وارث له، فأخذ السلطان نصيبه لبيت المال ثم باع الشريك، فللسلطان الأخذ بالشفعة لبيت المال. وكذا لو مات إنسان عن بنت مثلاً فأخذت النصف ثم باعته فللسلطان الأخذ من المشتري لبيت المال.

وأمّا الجار فلا شفعة له وإنْ مَلَكَ طريقاً إلى الدار التي بيعت، بأن كانت الطريق الموصلة إلى دار كل واحدة، فباع أحد الجارين داره فلا شفعة فيها للآخر. والدليل على أنّ الجار لا شفعة له[2]:

أ ـ الأحاديث المتقدّمة. ويستدلّ منها على أنّ الجار لا شفعة له بأوجه:

الأول: نصّ الكلام، وهو سقوطها مع القسمة بقوله: «فإذا وقعت الحدود بينهم وعرفت الطرق فلا شفعة فيه»، وفي رواية: «فإذا صرفت الطرق».

الثاني: نصّه على أنّها إنّما تكون بين الشركاء، فنصّ على الشركة، فلا اعتبار للجوار.

---

(1) الموطأ في الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «السنة التي لا اختلاف فيها عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(2) الإشراف: 2/ 632، والمعونة: 2/ 1267، والمنتقى: 6/ 204، 216، وعارضة الأحوذي: 6/ 131، والمقدمات: 3/ 61: والمعلم: 2/ 327، والمفهم: 5/ 2902.

الثالث: الظاهر والعموم. وهو أنّ الألف واللام في قوله: «الشفعة» للعموم والاستغراق، وتفيد أنّه جعل جنس الشفعة فيما لم يقسم، فلم يبق فيما قد قسم شفعة. أي: إنّه قصر محلّ الشفعة على ما لم يقسم؛ فدلّ على انتفاء وجوبها في غيره.

الرابع: دلالة الأولى. وذلك أنّه إذا كانت غير واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى أن لا تكون واجبة للجار. وأيضا فإنّ الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم.

الخامس: دليل الخطاب ـ مفهوم المخالفة ـ، وهو أنّه لمّا علّقها بغير المقسوم بقوله: «الشفعة في كلّ مال لم يقسم» دلّ على أنّ المقسوم بخلافه.

ب ـ أنّ الأصل فيمن اشترى شيئاً أن لا يخرج من يده إلّا برضاه، حتّى يدلّ الدليل على التخصيص، وإذا تعارضت الآثار في باب وجب أن يرجّح ما تشهد به الأصول.

وأمّا ما روي عن أبي رافع عن النبيّ ﷺ أنّه قال: «الجار أحقّ بصَقَبه»[1] وروي بسقبه. والصقب: القرب والملامسة.

وما روي عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «جار الدار أحق بالدار»[2].

وما روي عن جابر أنّ النبي ﷺ قال: «الجار أحقّ بشفعته ينتظر به، وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»[3].

وقد استدلّ بذلك أبو حنيفة رحمه الله تعالى والكوفيون على إثبات الشفعة للجار. فالجواب كما يلي[4]:

أمّا الحديثان الأوّل والثاني، فليس فيهما بيان ما هو أحقّ به، فيحتمل أن يريد أحق بالبرّ والمعونة ووجوه الرفق والمعروف بسبب قربه، والعرض له إذا أراد البيع، أي: فتحمل الباء في «بصقبه» على السببية؛ ويحتمل أن يريد بالجار الشريك للمقاربة التي بينهما؛ لأنّ العرب تسمّي الجار شريكاً، والزوجة شريكة وجارة لاشتراكهما في البيت. وإذا احتمل الحديث هذين الاحتمالين لم يصحّ أن يحمل على أنّه أحقّ بالشفعة؛ لأنّه قد نصّ على أنّه لا شفعة له بقوله: «فإذا وقعت الحدود بينهم وعرفت الطرق فلا شفعة فيه». ولا يصحّ أن تحمل الأحاديث على التعارض ما أمكن الجمع بينها بتأويل محتمل.

وأمّا الحديث الثالث، فإنّه بحمله على ظاهره يجعل الجار أحق بالشفعة من

---

(1) أخرجه البخاري في الحيل، باب في الهبة والشفعة.

(2) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، وقال: حديث حسن صحيح؛ وأبو داود في البيوع، باب في الشفعة.

(3) أخرجه الترمذي في الشفعة، باب ما جاء في الشفعة للغائب، وقال: هذا حديث غريب.

(4) المقدمات: 3/ 63، والمعلم: 2/ 327، والمفهم: 5/ 2906، وإكمال الإكمال: 5/ 545.

الشريك فيحصل التعارض، أو يعطي الحق للأجنبي ـ غير الجار والشريك ـ في الشفعة، وذلك لاقتضاء صيغة التفضيل في «أحقّ» التقديم، إذ لا يخلو أن يريد أنّ الجار أحقّ بذلك من الشريك أو من الأجنبي الذي ليس بجار ولا شريك، ولا يصحّ أن يريد أنّه أحقّ بذلك من الشريك، إذ لا يقول أحد إنّ الشفعة للجار دون الشريك؛ ولا يصحّ أن يريد أنّه أحقّ بذلك من غير الجار، إذ لا يقول أحد إنّ الشفعة واجبة للأجنبي الذي ليس بجار ولا شريك. فإذا بطل الوجهان جميعاً لم يبق إلّا أنّه أحقّ بالعرض عليه في مكارم الأخلاق وحسن الجوار؛ لأنّه إن لم يعرض عليه وباع فوّت عليه المبيع، وأمّا الشريك إن لم يعرض عليه وباع لم يفوّت عليه البيع؛ لأنّه يأخذ من المشتري بالشفعة.

هذا ويتأيّد القول الأول بأمرين[1]:

أ ـ بكونه عمل الخليفتين عمر وعثمان رضي الله عنهما، وقول جمهور العلماء وفقهاء أهل المدينة على ذلك.

ب ـ بأنّ الأحاديث الواردة في ذلك مشهورة متفق على صحتها، وأحاديث الكوفيين ليست بمنزلتها في ذلك، فقد ضعف الحديث الثالث الذي هو من أظهر ما يستدلون به، فكانت الأحاديث الدالة على عدم جواز شفعة الجار أولى.

إيذان الشريك شريكه قبل البيع لأجنبي[2]:

اختلف هل يجب على الشريك أن يعلم شريكه بعزمه على بيع نصيبه، ليرى هل له رغبة في شرائه؛ أو لا يجب عليه ذلك، وإنّما له حقّ الشفعة إذا باع لأجنبي؟ فقال البعض: يجب عليه ذلك، والدليل: ما جاء في الحديث: «لا يحلّ له أن يبيع حتّى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك. فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به». أي: بحمل عدم الحلّ على الحرمة.

وحمل البعض عدم الحلّ على الكراهة؛ لأنّه يصدق على المكروه أنّه ليس بحلال؛ لأنّ الحلال بمعنى المباح ما استوى طرفاه، والمكروه ليس بمستوي الطرفين، بل هو راجح الترك.

وقال البعض الآخر، ومنهم الإمام القرطبي: أنّ ذلك جائز، والدليل:

أ ـ ما جاء رواية أخرى للحديث: «لا يصلح» عوض «لا يحلّ»، وهو محمول على الإرشاد إلى ما هو أولى. ويؤيّد هذا الحمل الآتي.

---

(1) المنتقى: 6/ 204، والمعلم: 2/ 327، عارضة الأحوذي: 6/ 132، والمفهم: 5/ 2908.

(2) المفهم: 5/ 2908، وإكمال الإكمال: 5/ 542.

ب ـ ما جاء في بقية الحديث: «فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به». ووجه الاستدلال به أنّ ظاهره إمضاء البيع للأجنبي، وإنّما أعطى الحق للشريك في الاعتراض والأخذ بالشفعة. ولو كان قوله: «لا يصلح» محمولاً على التحريم لذمّ البائع ولفسخ البيع. والذي يدلّ على أنّ البيع غير مفسوخ أنّ الشفيع يأخذ المبيع من يد المشتري لا من يد الشريك البائع، وذلك تحقيق لشراء المشتري وإقرار له. قال ابن العربي: والمعنى فيه عندي أنّ نهى عن البيع لا لمعنى في الأركان، فصار كخطبة الأخ على أخيه وبيعه له، فتوسّط الشارع بحكمته الأمر وأخرجه من يد المشتري، إذ لو فسخه ربما كان الشريك لا يريده، فجمع في الإبقاء للبيع وإعطاء حق الأخذ للشفيع، بين الحكمين[1].

الركن الثاني: وهو المأخوذ منه أي: المشتري:

والمشتري هو من طرأ له ملك على ما باعه له الشريك المعاوض. فالشريك الذي لم يعاوض له الأخذ ممّن طرأ مِلْكُهُ على ما أراد الأخذ.

فلو ملك شخصان العقار معاً بشراء أو نحوه فلا شفعة لأحدهما على الآخر.

ويشترط فيمن طرأ له الملك على ما باعه له الشريك المعاوض، لكي تؤخذ منه بالشفعة، ثلاثة شروط:

ـ أن يكون اشترى من الشريك المعاوض بمعاوضة بملك لازم، وهذا احتراز عمّن طرأ ملكه بمعاوضة لكن بملك غير لازم، كبيع الخيار فلا شفعة فيه إلا بعد مضيّه، والدليل: أنّ الشفعة لا تستحقّ إلّا بتمام العقد، وما لم يختر المشتري فالعقد غير تام، بدليل أنّ المشتري ربّما لم يشتر فردّ الشقص[2].

وكذلك بيع محجور بلا إذن فلا شفعة فيه إلا بعد إمضاء الولي.

ـ أن يكون طروء الملك له اختياراً، فلا شفعة في ملك طرأ بلا اختيار كالإرث.

ـ أن يكون طروء الملك بمُعَاوضَةٍ ولو غير مالية، كنكاح، وخلع، والمصالح به عن عمرى، والمصالح به عن دم عمد عن إقرار أو إنكار[3]. والدليل على أنّ ما يعطى في ذلك تكون فيه الشفعة[4]:

أ ـ الأحاديث المتقدّمة في أنّ الشفعة في كلّ شرك لم يقسم. ووجه الاستدلال أنّها عامّة، لم يفرّق فيها بين جهات التمليك.

---

(1) عارضة الأحوذي: 6/ 134.

(2) المعونة: 2/ 1280، والمنتقى: 6/ 217.

(3) قيد هنا بدم العمد لأنّ الواجب بالعمد القود أو الدية بالتراضي. أمّا دم الخطأ فالمأخوذ عنه الدية وهي مقدّرة (المعونة: 2/ 1272).

(4) الإشراف: 2/ 634، والمعونة: 2/ 1272، والمنتقى: 6/ 207.

ب ـ القياس على البيع؛ لأنّها نوع معاوضة مالية يملك بها ما يجب فيه الشفعة، فجاز أن تستحقّ بالشفعة كالبيع. قال الإمام القرطبي ـ صاحب المفهم ـ: «فهذا فيه الشفعة، ولا ينبغي أن يختلف فيه؛ لأنّه من أقوى مراتب الإلحاق»[1]، يعني بالبيع.

وأمّا غير المشتري، وهو من أخذ بلا معاوضة كالهبة، والصدقة، والوصية بشقص، فلا شفعة فيها، كما تقدّم في التعريف. والدليل[2]:

أ ـ ما جاء في الحديث: «لا يحلّ له أن يبيع حتّى يؤذن شريكه». ووجه الاستدلال أنّه لو كان غير البيع في استحقاق الشفعة كالبيع لأتى بلفظ أعمّ من البيع ولقال مثلاً: لا يحلّ له أن يخرج ملكه.

ب ـ قياسها على الميراث، لخلوّها عن العوض.

وفي المذهب قول آخر أجرى الشفعة في الهبة والصدقة والوصية، وعلى ذلك استدل القاضي عبد الوهاب في الإشراف. والدليل[3]:

أ ـ الأحاديث المتقدّمة في أنّ الشفعة في كلّ شرك لم يقسم. ووجه الاستدلال أنّها عامّة، لم يفرّق فيها بين جهات التمليك.

ب ـ القياس على البيع؛ لأنّ المشتري ملكه باختياره فوجب تعلّق الشفعة به كالبيع، وبذلك فارق الميراث. أي: إنّ علّة الأخذ بالشفعة موجودة فيها. والعلّة عنده هي: «ضرر الشركة الطارئة على الشريك اختياراً». فتقييده بالاختيار لإلحاقها بالبيع؛ لأنّ الضرر لا يختلف باختلاف طرق الملك.

لكن قد يقال لهذا القول: إنّ الاختيار في البيع حاصل من المتعاقدين، بخلاف الهبة والصدقة والوصية، الاختيار حاصل من طرف واحد، هو الواهب والمتصدّق والموصي.

وقد يتأيّد هذا القول بدليل سدّ الذريعة، حتّى لا تكون الهبة والصدقة والوصية حيلة من الشريك لمنع شريكه من حقّه في الشفعة، وطريقاً للإضرار به بدخول شريك آخر قد يقصد نكايته به.

وعلى القول الأول أنّ الشفيع إذا وهب شفعته لغيره قبل وجوبها له لم يلزمه؛ لأنّه لم يملك شيئاً يهبه، ومن وهب ما لا يملك لم تصحّ هبته[4].

---

(1) المفهم: 5/ 2902.

(2) المعونة: 2/ 1272، والمنتقى: 6/ 206، والمعلم: 2/ 328، والمفهم: 5/ 2903، وإكمال الإكمال: 5/ 547.

(3) الإشراف: 5/ 635، والمعونة: 2/ 1272، والمعلم: 2/ 328، والمفهم: 5/ 2903، وإكمال الإكمال: 5/ 547.

(4) المعونة: 2/ 1275.

الركن الثالث: المأخوذ:

المأخوذ هو المبيع الذي اشتراه الطارئ المأخوذ منه. ويشترط فيه شرطان:

1 ـ أن يكون عَقاراً، وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر؛ فلا شفعة في غيره إلا تبعاً كما يأتي. ودليل قصر الشفعة على العقار[1]:

أ ـ قول النبي ﷺ: «الشفعة في كلّ شرك، في أرض، أو ربع، أو حائط» فقوله: «في أرض، أو ربع، أو حائط» بدل من قوله: «في كلّ شرك»، فهو تفسير لموضوع الشركة وتقييد له.

ب ـ قول النبي ﷺ: «فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة»[2]، وبلفظ: «فإذا صرفت الطرق». ووجه الاستدلال أنّ صرف الطرق وضرب الحدود يدلّ على تخصيصها بالعقار، لا بغير العقار. ووجه آخر أنّه ﷺ علّق الحكم على صفة، وهو تحديد الحدود وصرف الطرق، وعند الأصوليين أنّه إذا علّق الحكم على صفة فذلك يدلّ على تلك الصفة علّة لذلك الحكم.

ج ـ قول النبي ﷺ: «الشفعة في كلّ شرك»، ووجه الاستدلال ـ بعد أن تحقق محل الشفعة أنّه في العقار ـ أنّ الألف واللام في «الشفعة» لاستغراق جنس الشفعة، أي: إنّ جنس الشفعة مقصور على محلّها وهو العقار.

د ـ الأصل أنّ الشفعة إنّما شرعت لنفي الضرر إمّا في الشركة أو في القسمة، ولمّا كان هذا الضرر يختلف باختلاف الأنواع فلا يصحّ أن تكون الشفعة لإزالة ضرر الشركة على الإطلاق، فإنّ ضرر الشركة أثبت فيما لا ينقسم كالحيوان ولا شفعة فيه؛ ولا يصح أن تكون لإزالة ضرر القسمة على الإطلاق؛ لأن في القسمة ما لا ضرر فيه كقسمة الموزون والمكيل والمعدود؛ فلم يبق ما يمكن أن يشار إليه إلّا بالضرر اللاحق بالعقار؛ لأنّه أشدّ ضرراً من غيره، إمّا في الشركة بأن يضرّ به المشتري ويسيء شراكته، أو في المقاسمة لأنّه قد يدعوه إلى المقاسمة أو إلى البيع، فيكلفه من الأجر والمؤن التي تختص بقسمة الدور والأرضين، فإنّه يقسمها غالباً قوم مختصون بعلم ذلك، وهذه المعاني يعظم ضررها في العقار دون غيره.

وأمّا ما روي عن ابن عباس أنّ النبي ﷺ قال: «الشريك شفيع والشفعة في كلّ شيء»[3]. فوجه عدم العمل به ما يلي[4]:

---

(1) المعونة: 2/ 1268، والمنتقى: 6/ 200، والمعلم: 2/ 326، والمفهم: 5/ 2905، وإكمال الإكمال: 5/ 546.

(2) أخرجه النسائي في البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها.

(3) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء أنّ الشريك شفيع.

(4) عارضة الأحوذي: 6/ 134، والمفهم: 5/ 2905.

أ ـ أنّه غير صحيح الإسناد، وإنّما صحيحه مرسل[1].

ب ـ أنّ المرسل حجة في المذهب، وهو مقيّد بما تقدّم من أوجه الاستدلال من الروايات على أنّ الشفعة مخصوصة بالعقار الذي تتأتى فيه القسمة.

وما روي عن عثمان بن عفان ﷺ قوله: لا شفعة في بئر[2]. فقد حمله الإمام مالك على آبار الصحاري التي تعمل في الأرض الموات، لا التي تكون في أرض متملّكة، وأمّا في الأرض المتملّكة فهو ملحق بالأرض[3].

وتكون الشفعة في العقار وَلَوْ كان مُنَاقَلاً به، بأن يباع بمثله، وله صور منها: أن يكون لشخص حصّة من دار مثلاً لآخر حصة من أخرى، فناقل كلّ منهما الآخر، فلشريك كلّ أن يأخذ بالشفعة ممّن ناقل شريكه ويخرجان معاً من الدارين.

وكذلك تكون الشفعة في العقار ولو كان شَجَراً أو بناءً مملوكاً بأرْض حُبس على البائع وشريكه أو غيرهما؛ كما لو اقتضت المصلحة إجارة أرض محبّسة سنين فبنى فيها المستأجر أو غرس بإذن ناظرها على أن ذلك له، فإذا كان المستأجر متعدداً وباع أحدهم فللآخر الشفعة. والشجر والبناء عقار.

2 ـ أن ينقسم العقار. فمحل جواز الأخذ بالشفعة فيما ينقسم من العقار على المشهور. فإن لم يقبل القسمة أو قبلها بفساد، كالحمام والفرن فلا شفعة فيه. والدليل على عدم جواز الأخذ بالشفعة فيما لا ينقسم[4]:

أ ـ حديث: «الشفعة في كلّ مال لم يقسم». ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ إنّما أوجب الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم؛ لأنّ ما لا ينقسم لا يقال فيه: حكمه كذا وكذا ما لم يقسم؛ لأنّه غير قابل للانقسام أو يقبلها بفساد. وهذا استدلال بدليل الخطاب، قال ابن رشد الحفيد: وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الأمصار، مع اختلافهم في صحة الاستدلال به.

ب ـ ما جاء في حديث جابر: «إنّما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل مال لم يقسم». ووجه الاستدلال أنّه أتى بصيغة الحصر «إنّما»، الدالة على قصر الحكم فيما ورد، أي: فيما يمكن فيه القسمة، ولم يقسم.

---

(1) قال الترمذي: لا نعرفه مثل هذا إلّا من حديث أبي حمزة السكّريّ، وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلاً، وهذا أصحّ.

(2) أخرجه مالك في الشفعة، باب ما لا تقع فيه الشفعة.

(3) المنتقى: 6/ 217، والمقدمات: 3/ 79، وبداية المجتهد: 2/ 189، وإكمال الإكمال: 5/ 546.

(4) الإشراف: 2/ 637، والمنتقى: 6/ 199، وعارضة الأحوذي: 6/ 131، والمقدمات: 3/ 65، والمعلم: 2/ 326، وبداية المجتهد: 2/ 289، وإكمال الإكمال: 5/ 545.

ج ـ أنّ علّة الشفعة دفع ضرر القسمة. وهي العلّة التي جعلت من أجلها الشفعة. وهي تكون بوجوه، منها:

* أنّه قد تنقص قيمته إذا قسمت.

* أنّه قد يحتاج كلّ واحد من المتقاسمين إلى استحداث مرافق في نصيبه، فيلزمه في ذلك مؤنة وأجر القسمة التي تختصّ بقسمة الأصول، إذ ليس كلّ واحد يحسن قسمتها، فلا بدّ في الأغلب أن يستأجر على قسمتها من يختصّ بمعرفة ذلك.

قال ابن رشد الجدّ: وهذه العلّة صحيحة يشهد لصحّتها اطرادها وانعكاسها.

وإنّما اختصت الشفعة بما ينقسم؛ لأنّ ما لا ينقسم إذا طلب الشريك فيه البيع أجبر شريكه عليه معه، لأجل أن ينتفي ضرر نقص الثمن بالقسمة. بخلاف ما ينقسم فإنّه إذا طلب أحد الشريكين البيع لا يجبر شريكه على البيع معه؛ لأنّه لا ضرر يلحق الثمن بالقسمة.

وقد وقع القضاء بالشفعة من بعض القضاة في غير ما ينقسم، وهو حمام قضى بذلك منذر بن سعيد البلوطي قاضي الجماعة بقرطبة؛ فيقاس عليه غيره كفرن ودار صغيرة ونخلة ونحوها، وهو قول لمالك في المدونة: والأول رواية ابن القاسم عنه فيها أيضاً وهو المشهور. فما ينقسم فيه الشفعة قولاً واحداً، وما لا ينقسم فيه قولان مشهورهما عدم الشفعة فيه. ووجه ترجيحه العمل بالمصلحة؛ لأنّه يلزم من قسمته إفساد مالية عظيمة، وذلك ضرر عظيم، فيجب دفعه[1].

وبناء على ما تقدم من الاختلاف في العلّة التي من أجلها شرع حكم الأخذ بالشفعة على قولين؛ فمن قال: علتها دفع ضرر القسمة، منعها فيما لا ينقسم لعدم تيسرها فيه، فلا يجاب فيما لا ينقسم للقسمة إذا أرادها المشتري حتى يلزم ضرر الشريك بها.

ومن قال: علة الشفعة دفع ضرر الشركة، أجازها مطلقاً إذ ضرر الشركة حاصل فيما ينقسم وفيما لا ينقسم، إذ لا يقدر أحد من الشركاء أن يتصرّف في المال المشترك بشيء من وجوه التصرّف دون إذن شريكه. لكن لا يلزم من اعتبار هذه العلّة إيجاب الشفعة فيما لا ينقسم من العروض والحيوان؛ لأنّ الضرر يرتفع فيها ببيعها وقسم الثمن، إذ لا يتشاح الناس فيها ولا يرغبون في إمساكها، كرغبتهم في العقار وتشاحّهم في إمساكهم[2].

ما يلحق بالعقار:

ويلحق بالعقار في جواز الشفعة فيه كلّ أصل تجنى ثمرته مع بقاء ذلك الأصل

---

(1) المفهم: 5/ 2904.

(2) المقدمات: 2/ 3/ 66.

ليخلف غيرها؛ لأنّها متعلّقة بأصل ما فيه الشفعة[1]. وهذا شامل لما يلي:

* ثَمَرَة الأشجار: أي: إن أحد الشريكين في ثمر على أصوله إذا باع نصيبه لأجنبي، فللشريك الآخر أن يأخذه بالشفعة من المشتري إلحاقاً للثمرة وما يأتي ذكره بعدها بالعقار[2]. ودليل هذه المسألة وما بعدها: الاستحسان. ذلك أنّ الإمام مالك رآها بمنزلة الأصول لما كانت في أصولها. وقال في المدونة: وما علمت أحداً قاله قبلي، ولكنّي استحسنته[3].

وقد أقام لها القاضي عبد الوهاب قياساً، وذلك بقياسها على الحيوان والبئر التابعين للأرض، بعلّة أنّها معلّقة في الملك من غير صنع آدمي بأصل تجب فيه الشفعة، يخاف فيها سوء المشارك، فأشبه الفحل والبئر[4].

ويشترط لجواز الشفعة في الثمرة أن لا تَيبَسَ وينتهي طيبها؛ فإن يبست بعد العقد، وكذا إن اشتراها الأجنبي يابسة فلا شفعة فيها.

* المِقْثأة: والمراد ثمرة المقثأة؛ لأنّ المقثأة ليست اسماً للقثاء، بل للأصل وهي العروش التي فيها القثاء، من بطيخ أصفر أو أخضر أو خيار ونحوها، فيها الشفعة إذا باع أحد الشريكين.

* البَاذِنْجَان والقَرْع والبامية ونحوها، مما له أصل تجنى ثمرته وأصله باق، كالقن والفول الأخضر الذي يزرع ليباع أخضر.

هذا ولو بيعت ثمرة الأشجار مفْرَدةٌ عن أصلها، أو بيعت المقثأة وما بعدها مفردة عن الأرض. وانظر تمام المسألة في الشرح الكبير.

وقد قيل في المذهب: أن لا شفعة مطلقاً في الثمرة وما بعدها، وهو قول أصبغ وعبد الملك؛ وقيل: لا شفعة فيها إذا لم يكن الأصل للشريكين. وسبب الخلاف بين القول المشهور وهذين القولين، هل كون العلّة التي أوجبت الشفعة وهي الضرر يشترط فيها اللزوم أم لا؟ فمن قال بذلك جعل العلّة مركّبة من جزءين: وصف الضرر ووصف

---

(1) المقدمات: 3/ 75.

(2) قال الشيخ الدردير: واعلم أن مسألة الشفعة في الثمار وما عطف عليها إحدى مسائل الاستحسان الأربع التي قال فيها مالك: إنه لشيء استحسنته وما علمت أن أحداً قاله قبلي. الثانية: الشفعة في البناء بأرض محبسة أو معارة وقد تقدمت. الثالثة: القصاص بشاهد ويمين في الجرح. الرابعة: في الأنملة من الإبهام خمس من الإبل. والحاصل أن الأربع مسائل: اثنتان منها في الشفعة، واثنتان في الجناية. قال الشيخ الصاوي: فإن قلت كيف تكون مستحسنات الإمام قاصرة على هذه المسائل، مع أن الاستحسان في مسائل الفقه أكثر من القياس، وقال مالك: إنه تسعة أعشار العلم؛ والجواب أنه إنما خصّ الإمام بهذه المسائل مع أنه وقع منه غيرها لانفراده بها.

(3) إكمال الإكمال: 5/ 547.

(4) الإشراف: 2/ 633، والمعونة: 2/ 1268.

اللزوم، فلا تجري الشفعة إلّا فيما اجتمعا فيه، فمنعها في الثمرة وما بعدها. ومن قال بأنّ الضرر علّة مستقلّة أوجب الشفعة وإن لم يلازم[1].

ما لا شفعة فيه:

- لا شفعة فيما لا ينقسم، أي: لا يقبل القسمة. وقد تقدّم.

- لا شفعة فيما قسم بين الشركاء؛ لأنّ الشفعة لا تجب إلّا بالجزء الشائع الذي يأتي إحرازه بالقسمة. والدليل[2]: ما تقدم من الأحاديث، وفيها النصّ على أنّ الشفعة تكون في الشركة ما دامت لم تقسم، فإذا قسمت بين الشركاء وعرفت الأنصباء وصرفت الطرق، فلا شفعة.

- لا شفعة في زَرْعٍ، كقمح وكتان وفول زرع ليحصد وبرسيم؛ ولا شفعة في بَقْلٍ مما ينزع من أصله، كفجل وجزر وبصل وقلقاس وملوخية. وَلَوْ بِيعَ الزرع أو البقل مَعَ أرْضِهِ فلا شفعة فيه. وإنما هي في الأرض فقط بما ينوبها من الثمن. ووجه عدم الشفعة فيها أنّها لا تجنى ويبقى أصلها ليخلف غيرها، وإنّما تحصد من أصلها ويخلف غيرها.

- لا شفعة في عَرْصَةٍ، وهي ساحة الدار التي بين بيوتها أو على جهة من بيوتها، تسمّى في عرف العامة بالحوش.

- لا شفعة في مَمَرّ، وهو المعروف بالمجاز الذي يتوصل منه إلى ساحة الدار، إذا قُسِمَ بين الشريكين أو الشركاء مَتْبُوعُهُمَا من البيوت، وبقيت الساحة أو الممر مشتركاً بينهما. فإذا باع أحدهما حصته منهما مع ما حصل له من البيوت، أو باعها مفردة فلا شفعة فيها للآخر؛ لأنها لما كانت تابعة لما لا شفعة فيه وهو البيوت المنقسمة كان لا شفعة فيها. ووجه كون الممرّ والساحة لا شفعة فيهما[3]:

أ ـ أنّ الملك فيهما ملك منفعة؛ والشفعة لا تستحقّ إلّا بالاشتراك في رقبة الملك.

ب ـ أنّهما تبع لأصل لا شفعة فيه، وهو البيوت المقسومة.

وقيل: إن باعها وحدها وجبت الشفعة.

- لا شفعة في الحَيَوان والعروض والطعام مما يكال أو يوزن أو يعدّ. والدليل[4]:

أ ـ ما تقدّم من قول النبي ﷺ: «الشفعة في كلّ مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود

---

(1) المفهم: 5/ 2906.

(2) المنتقى: 6/ 204، وعارضة الأحوذي: 6/ 131، والمعلم: 2/ 326، والمفهم: 5/ 2904، وإكمال الإكمال: 5/ 546.

(3) المعونة: 2/ 1269، والمفهم: 5/ 2904.

(4) الإشراف: 2/ 635، وعارضة الأحوذي: 6/ 134، والمقدمات: 3/ 64.

وعرفت الطرق فلا شفعة»[1].

ب ـ ما تقدّم من قول النبي ﷺ: «الشفعة في كلّ شرك، في أرض، أو ربع، أو حائط».

وقد تقدم ذكر أوجه الاستدلال بالحديثين في قصر الشفعة على العقار.

ج ـ قال الإمام مالك: وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا.

د ـ القياس على الذهب والفضة؛ لأنّ العروض والحيوان والطعام تنقل وتحوّل كالذهب والفضّة.

وحكم منع الشفعة في العروض جار على كون العلّة دفع ضرر القسمة؛ لأنّ العروض لا مؤنة في قسمتها[2].

ويستثنى من الحيوان فيكون فيه الشفعة إذا كان في بستان. فإذا كان البستان مشتركاً وفيها حيوان كبقر بينهما، فباع أحدهما نصيبه من البستان فللآخر الأخذ بالشفعة في البستان والحيوان. ومثل الحيوان البئر، والدليل[3]:

أ ـ ما تقدّم من الأحاديث من أنّ الشفعة في كلّ شرك. ودلالتها عامّة في كلّ شرك، ولم يرد تخصيص حيوان البستان وبئره من ذلك.

ب ـ لأنّ الحيوان والبئر لما كانا من مصلحة البستان أعطيا حكمه. ولأنّهما تابعان لأصل لم يقسم ويجب فيه الشفعة، ويتعدّى ضرر الشركة فيه إلى الأصل، فوجب أن تجب فيه الشفعة ببقاء الأصل.

ويلحق بالبستان المعصرة والمجبسة بالقياس الجليّ، فلا وجه لتوقف ابن غازي فيه واعتراضه على الشيخ خليل.

ويشترط في الحيوان الذي تشمله الشفعة أن يكون منتفعاً به في البستان أو المعصرة أو المجبسة.

وفي الردّ على من أوجب من الفقهاء الشفعة في العروض والحيوان والأطعمة قياساً على العقار، بعلّة دفع ضرر الشركة فيها، أجاب علماء المالكية عن ذلك بأنّه قياس مع الفارق بين الفرع والأصل، فإنّ الأصل المقيس عليه الذي هو العقار يعظم الضرر فيه على الشريك بدخول المشارك الأجنبي له ومخالطته، فقد يؤذيه ولا يقدر على التخلّص منه لصعوبة بيع العقار وتعذّر ذلك في أكثر الأوقات، وليست كذلك العروض والحيوان وما ينقل ويحوّل، فإنّ الانفصال عن الشركة فيها يسير لسهولة بيعها والخروج عنها في كلّ الأوقات وأكثر الحالات فانفصل الفرع عن الأصل، فلا يصحّ القياس[4].

---

(1) سبق تخريجه.

(2) المقدمات: 2/ 3/ 65.

(3) الإشراف: 2/ 637، والمنتقى: 6/ 222، وإكمال الإكمال: 5/ 546.

(4) المعونة: 2/ 1268، والمقدمات: 2/ 66، والمفهم: 5/ 2906، وإكمال الإكمال: 5/ 547.

ـ لا شفعة في بَيْعٍ فَاسِدٍ، إلّا أنْ يَفُوتَ فتثبت الشفعة بالقيمة في المتفق على فساده، وبالثمن في المختلف فيه. ووجه عدم جواز الشفعة في البيع الفاسد أنه معدوم شرعاً، فالشقص لم ينتقل عن ملك بائعه، فلو أخذ الشفيع من المشتري بالشفعة، وعلم بالفساد بعد ذلك فسخ بيع الشفعة؛ لأن المُبْنَى على الفاسد فاسد.

والفوات المذكور هنا بغير حوالة الأسواق، كتغيّر الذات بالهدم وكالبيع من غير علم الشفيع؛ لأن حوالة الأسواق لا تفيت الرباع.

ـ لا شفعة في كِرَاء. لأن الشفعة لا تكون إلّا عند انتقال الملك للذات، وهذا لم يحصل في الكراء. فمن أكرى نصيبه منهما فليس للآخر الأخذ بالشفعة. وقيل: فيه الشفعة بشرطين: أن يكون مما ينقسم، وأن يسكن الشفيع بنفسه.

الركن الرابع: المأخوذ به:

والمأخوذ به هو الثمن، ويشترط أن يكون كما يلي:

ـ بمثْلِ الثَّمَنِ الذي أخذ به المشتري حيث كان مثلياً، ولو كان الثمن الذي اشترى به الشقص دَيْنَاً بِذِمَّة بائِعِهِ. والدليل: ما جاء في الحديث: «فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به». أي: إذا باع الشريك إلى أجنبي بدون أن يؤذن شريكه بذلك، فإنّ الشريك أحق بما باعه شريكه. وهذا يشعر بأنّ الحق له فيما بيع بما وقع البيع به من ثمن وأجل، وبكلّ ما وقع عليه البيع[1].

والمعتبر في الثمن ما وقع العقد عليه ولو نقد المشتري خلافه، هذا هو الراجح وهو قول ابن القاسم، وقيل: المراد بالثمن ما نقده المشتري ولو عقد على خلافه وهو ما مشى عليه الخرشي.

ـ أو بقِيمَتِهِ إن كان مقوّماً كبعير. ويعتبر القيمة يَوْمَ البَيْعِ لا يوم الأخذ بالشفعة. ووجه اعتبار القيمة في المقوم، أنّ الشفيع إنّما يستحقّ الشقص بالقدر الذي عاوض المشتري به، فإن كان له مثل لزم الشفيع مثله، وإلّا فقيمته لأنّ القيمة تقوم مقام المثل عند تعذّره، وأنّ العروض والحيوان لا مثل لها، فهي من المقومات[2].

ـ أو بقِيمَةِ الشِقْصِ فيما إذا كانت المعاوضة بشيء غير متموّل، نَحْو نِكَاحٍ جعل المهر فيه ذلك الشقص؛ وخُلْع خالعت الزوجة زوجها به؛ والمصالح به عن عمرى؛ وصُلح عَمْد، عن إقرار أو إنكار،على نفس أو طرف الواجب فيه القود، فإذا صالح الجاني بشقص فالشفعة بقيمته يوم الصلح، بخلاف الخطأ فإن الشفعة فيه بالذمة من إبل أو غيرها، تنجم كالتنجيم على العاقلة.

وعلّل القاضي عبد الوهاب أخذ الشفيع جزء شريكه بقيمته إذا دفعه مهراً دون أخذ

---

(1) المفهم: 5/ 2906.

(2) المعونة: 2/ 1276، والمنتقى: 6/ 204.

مهر المثل، بأنّ ذلك يوجب تقويم البضع في حقوق الأجانب؛ ولأنّ النكاح طريقه المواصلة والمكارمة دون محض المعاوضة، فقد يكون في ذلك ضرراً على المرأة وعلى الشفيع؛ لأنّه قد تكون قيمته أضعاف مهر المثل، بأن يكون الزوج قد سامح المرأة، وتقول المرأة لا أرضى ببذل بضعي بمهر المثل، فإذا كلّفت المرأة مهر المثل عوضاً منه أضرّ بها، وكذلك عكسه في حقّ الشفيع، فكانت القيمة أعدل[1].

ما يلزم الشفيع في الثمن:

ـ يلزمه أن يأخذ الشقص بما يَخُصُّهْ من الثمن، إنْ صاحَبَ في البيع غيره في صفقة؛ كأن يبيع الشريك الشقص وبعيراً بعشرة، فيقوّم الشقص منفرداً ثم ينظر لقيمته مع ما صاحبه كالبعير؛ فإذا كانت قيمته منفرداً النصف أخذه بنصف الثمن قلّ أو كثر، وإن كانت الثلث أخذه بثلثه وهكذا، وقيل: يقوّم كل منهما على انفراده ثم ينظر للنسبة بعد ذلك.

وَلَزِمَ المُشْتَري لهما الباقي وهو ما صاحب الشقص في الشراء كالبعير، ولو كانت قيمته أقلّ من قيمة الشقص. واعترض: بأن الأخذ بالشفعة من الاستحقاق، ولا يجوز فيما استحق أكثره أو ظهر معيباً التمسك بالباقي في الأقل. وأجيب: بأنه هنا إنما يأخذ الباقي بما ينوبه بعد أن عرف ما ينوبه من الثمن، فلم يلزم التمسك بمجهول. بخلاف الاستحقاق والعيب فإن التمسك بالباقي وقع قبل التقويم والتمسك قبله ابتداء بيع بثمن مجهول، إذ لا يعلم إلا بعد التقويم.

وليس من حق المشتري أن يقول للشفيع: لا أدعك تفرّق الصفقة؛ لأنّ الشفيع لا يلزمه أخذ ما لا شفعة له فيه، والمشتري دخل على تفريق الصفقة[2].

ـ يلزمه أن يأخذه بأجل الثمن، أي: يأخذه بالثمن المؤجل بأجله، ولو كان الأخذ بالشفعة بعد انقضاء الأجل؛ لأن الأجل له حصة من الثمن. ووجه كونه يأخذه بالثمن المؤجل أنّه لو لم يجب ذلك لم يخل من أحد أمرين:

الأول: إمّا أن يأخذه نقداً، وذلك زيادة على الشفيع على ما أخذه المشتري فلم يجز كالزيادة عليه في الثمن؛ لأنّ الأجل يأخذ قسطاً من الثمن، فكان كالزيادة في مقداره؛ لأنّ العرف جار بأنّ الثمن بالنقد أقل منه بالنسيئة. والشفعة تستحق بمثل الثمن الذي بيع الشقص به، حتى يدخل الشفيع مدخل المشتري من غير زيادة ولا مؤنة.

الثاني: أو أن يؤخّر الأخذ بالشفعة إلى أن يحلّ الأجل وذلك غير جائز؛ لأنّه حقّ وجب له يملك أخذه بمثل ما عاوض المشتري عليه، فكان كالمبيع بالنقد.

وإذا انتفى الأمران لم يبق إلّا أن يأخذه بالثمن المؤجّل بأجله[3].

---

(1) الإشراف: 2/ 634، والمعونة: 2/ 1272. (2) المعونة: 2/ 1273.

(3) الإشراف: 2/ 635، والمعونة: 2/ 1280.

ويلزمه الأخذ بالثمن المؤجّل إن كان موسراً يوم الأخذ، ولا ينظر ليساره في المستقبل؛ أو لم يكن موسراً وضَمنَهُ مَلِيء.

ولا يكفي تحقق يسره في المستقبل يوم حلول الأجل بنزول معلوم وظيفة في المستقبل، إذا كان يوم الأخذ معسراً، مراعاة لحق المشتري؛ لأنه يحصل للشفيع بعدم الاكتفاء ضيق فيكون وسيلة لترك الأخذ بالشفعة، وكما يراعى يسره في المستقبل لا يراعى خوف طروّ عسره قبل حلول الأجل، فالعبرة بالحالة الراهنة.

فإن لم يكن موسراً ولا ضمنه مليء عَجَّلَ الثَمَنَ للبائع، وإلا أسقط الحاكم شفعته. قال اللخمي: إلّا أنْ يتَسَاويَا في الفقر والحاجة، فله الأخذ بالثمن لأجله ولا يلزمه الإتيان بضامن مليء، إذ لا فرق بينه وبين المشتري حينئذٍ. فإن كان الشفيع أشد عدماً لزمه الإتيان بضامن وإلا سقطت شفعته.

ـ يلزمه أخذه مع رَهْنِهِ وضامِنِهِ. أي: إذا اشتراه المشتري بثمن في الذمة ودفع لبائعه رهناً أو ضمنه أحد، فالشفيع لا يأخذه إلا برهن كرهن المشتري أو ضامناً كضامنه، وإلا فلا شفعة له.

ـ يلزمه أجْرَة دَلَّال وأجرة كاتِب الوثيقة، وكذلك المَكْس إذا توقف البيع عليه من ظالم على أظهر القولين. قال الشيخ الصاوي: فإذا جرت العادة أن من اشترى عقاراً يدفع مكساً للحاكم أو لشيخ الحارة فالأظهر أن الشفيع يلزمه ذلك.

سقوط الشفعة:

تسقط الشفعة بالأمور التالية:

ـ بالتَنَازُع في سَبْقِ المِلْكِ، بأن قال كل واحد من طالبي الشفعة: أنا ملكي سابق على ملك الآخر فالشفعة لي، فلا شفعة لأحدهما على الآخر عند عدم البينة أي: الشهادة لأحدهما، وسواء حلفا معاً أو نكلا. إلّا أنْ يَحلِفَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ على دعواه، وينكل الآخر، فالقول للحالف وله الشفعة.

ـ إذا قَاسَمَ الشفيع المشتري فتسقط شفعته. وكذا إذا طلب القسمة ولم يقسم بالفعل فتسقط شفعته على ما رجحه بعضهم.

ـ إذا اشْتَرَى الشفيع الشقص من المشتري فتسقط شفعته.

ـ إذا سَاومَ الشفيع المشتري، فتسقط ولو لم يشتر بالفعل؛ لأن مساومته دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة. وهذا ما لم يرد بالمساومة الشراء بالأقلّ من ثمن الشفعة، وإلّا فلا تسقط بها الشفعة ويحلف.

ـ إذا استَأْجَرَ الشفيع الحصة من المشتري.

ـ إذا بَاعَ الشفيع حِصَّتهُ فتسقط شفعته؛ لأنّها شرعت لدفع الضرر وقد انتفى الضرر بالبيع.

ـ إذا سَكَتَ الشفيع، بلا مانع، مع علمه بما أحدثه المشتري من هَدْمٍ أو بِنَاء، ولَوْ للإصْلاحِ؛ لأن سكوته دليل على إعراضه عن أخذه بها.

ـ إذا سكت بلا مانع سَنَةً كاملة وشهر بعد العقد، لا أَقَلّ من السنة، وَلَوْ حضر العقد وكَتَبَ شَهَادَتَهُ في الوثيقة عَلى الأَرْجَحِ مما درج عليه الشيخ خليل. والموضوع هنا أن الآخذ بالشفعة بالغ عاقل رشيد أو ولِي صغير، وأما الصبي والسفيه المهمل فلا يسقط شفعته شيء من ذلك.

وكَذلك إنْ عَلِمَ ببيع شريكه فَغَابَ بعد علمه، فتسقط شفعته إن مضت سنة لا أقل، إلّا أنْ يَظُنَّ الرجوع من سفره قبل السنة فَحصل أمر عاقه قهراً عنه، فإنه يبقى على شفعته ولو طال الزمن، إن شهدت بينة بعذره أو قامت القرينة على ذلك.

واعلم أنه إن بعُد الزمن، أي: بعد السنة، كسبعة أشهر فلا يمكّن من الأخذ بالشفعة، إلا إذا حلف أنه ما أسقط شفعته، وأنه للآن باق عليها؛ هذا إذا لم يكتب شهادته في وثيقة البيع. فإن كتبها فالبعد عشرة أيام بعد كتبه، فلا يمكّن من الأخذ بالشفعة إلا بيمين ذكر ذلك ابن رشد، وحمل عليه المدونة، نقله الحطاب قال: ويؤخذ منه أنه إذا علم وغاب وطال يحلف بالأولى.

وإذا أنكر الشفيع الحاضر زمن البيع العلم بالبيع، فإنه يصَدّق سواء غاب بعد ذلك أم لا، ولو طال الغياب لأن الأصل عدم العلم. والحاصل أنه لا تسقط شفعته إلا بعد عام من علمه فإن قام بعد مدة طويلة وادعى عدم العلم صدق بيمينه. فإنْ كان غَائباً قَبْلَ عِلْمِهِ بالبيع، أو لَمْ يَعْلَمْ وهو حاضر، فلا تسقط شفعته، وله القيام بها أبداً حتى يقدم من سفره ويعلم، أو يعلم الحاضر، فله سنة بعد علمه كما تقدم.

والدليل على أنّ الحاضر إذا علم بالبيع فله سنة لا يسقط حقّه في الشفعة قبلها، وأنّ الشفعة ليست على الفور[1]:

أ ـ ما جاء في الأحاديث المتقدمة من أنّ الشفعة فيما لم يقسم. ووجه الاستدلال منها أنّها مطلقة غير مقيّدة بحدّ.

ب ـ الأخذ بأصل أنّ كلّ من ثبت له حقّ فله أخذه وله تركه في أيّ وقت شاء، إلى أن يقوم دليل على تعلّقه بوقت يفوت بخروجه.

ج ـ القياس على المطالبة بالديون؛ لأنّ الشفعة حقّ من جهة استيفاء مال، لم يكن فيه تفريط ولا تدليس، فلم تجب المطالبة به على الفور، أصله المطالبة بالديون.

د ـ أنّ في المطالبة على الفور إضراراً بالشفيع؛ لأنّه قد يعلم ببيع الشقص في وقت لا يكون معه ثمنه، فيحتاج إلى تحصيل الثمن وبيع ما يحصّله به، وذلك يقتضي

(1) الإشراف: 2/ 633، والمنتقى: 6/ 209.

مهلة يمكنه فيها ذلك؛ وكذلك قد يكون المشتري قد عمّر الشقص، فيجب له قيمة العمارة، ويتعذّر على الشفيع قيمة الشقص في الوقت، والضرر غير جائز.

ووجه التحديد وأنّ ذلك ليس على الإطلاق، أنّ في ترك الشفيع على شفعته إضراراً بالمشتري ومنعاً له من التصرّف في ملكه بالعمارة، فكان يجب أن يكون له حدّاً ينتهي إليه يأمن المشتري عند انقضائه من قيام الشفيع بشفعته[1].

ووجه تحديد التراخي وعدم الفور بالسنة، أنّها المدّة التي يمكن للشفيع أن يحصل فيها ـ غالباً ـ ما يجب عليه تحصيله للأخذ بحقه، وقد جعلت في الشرع حدّا لأحكام عدّة[2].

وجه جواز الزيادة على السنة بشهر، أنّ ما قارب الشيء يعطى حكمه قياساً على الرضاع[3].

والدليل على الغائب لا يسقط حقه: أنّ الغياب عذر، يمنع صاحبه غالباً من المطالبة[4]. وبعضهم استدلّ لهذه المسألة بحديث جابر أنّ النبيَ ﷺ قال: «الجار أحقّ بشفعته ينتظر به، وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»[5]. وتقدم أنّه لم يؤخذ به في حق الجار في الشفعة لضعفه.

ما لا تسقط به الشفعة أيضاً:

لا تسقط الشفعة مع ما تقدم بالأمور التالية:

ـ إذا أسْقَطَ شفعته لكَذب عليه في الثَّمَنِ بالزيادة بأن قيل: اشتري بعشرة، فأسقط حقه في الشفعة، فتبين أنه اشتري بخمسة، فله الأخذ بالشفعة ولو طال الزمن، وَحَلَفَ أنه إنما أسقط للكذب. فإن نكل فلا شفعة له.

ـ إذا أسقط لكذب عليه في الشقص المبِيعِ، بأن قيل له: باع بعضه فأسقط، فتبين أنه باع الكل فله القيام بشفعته.

ـ للكذب عليه في المشْتَرِي، بأن قيل له: فلان الصالح أو قريبك هو المشتري فأسقط، فتبين خلافه فله القيام.

ـ للكذب في انْفِرَادِ المشتري، كما لو قيل له: إن شريكك باع حصته لفلان، فأسقط شفعته، فتبيّن أنه باعها لجماعة فلان وغيره.

ـ إذا أسْقَطَ وَصيٌّ على يتيم الشفعة لليتيم، أو أسقط أبٌ شفعة ابنه القاصر، بلَا

---

(1) المنتقى: 6/ 209.

(2) المعونة: 2/ 1275، والمنتقى: 6/ 209.

(3) المنتقى: 6/ 209.

(4) المعونة: 2/ 1275، وبداية المجتهد: 2/ 294، والمنتقى: 6/ 209.

(5) أخرجه الترمذي في الشفعة، باب ما جاء في الشفعة للغائب، وقال: هذا حديث غريب.

نَظَر منهما، وثبت ذلك فلا تسقط وله أو للقاصر إذا بلغ القيام بها. فإن أسقطا لنظر سقطت، وحملا عليه عند الجهل، بخلاف الحاكم فلا يحمل عليه عنده لكثرة أشغاله لا لطعن فيه. وهذا القول هو الراجح، ومقابله أنّها تسقط بإسقاط الأب والوصي، ولو بلا نظر، وبه قال أبو عمران. وسبب الخلاف هل الشفعة استحقاق أو بمنزلة الشراء؟ فعلى الأول لا يعتبر إسقاطهما إن كان غير نظر؛ وعلى الثاني يعتبر إذ لا يلزم الوصي والأب إلّا حفظ مال المحجور لا تنميته.

ترك الشفيع الأخذ بالشفعة بعوض:

يجوز للشفيع ترك الأخذ بحقه في الشفعة بعوض يبذله له المشتري، والدليل[1]: القياس على الخلع؛ لأنّه عوض عن إزالة ملك في تمليك فجاز له، كأخذ العوض عن تمليك الزوج زوجته أمرها والخلع به.

هبة الشفيع الشفعة وبيعها:

لا يجوز هبة الشفيع حقّه في الشفعة ولا بيعها، والدليل على ذلك[2]:

أ ـ أنّ علّة حكم الشفعة إزالة الضرر عن الشريك، فإذا اختار تفويت حقّه في الشفعة للغير زالت العلّة، فزال حكمها؛ ذلك أنّ الشريك إنّما جعلت له الشفعة ليزول الضرر عنه بدخول أجنبي لم يعهد شركته ولا عرف معاملته، وربما طالبه بالقسمة فاحتاج إلى استئناف مرافق، فيلحقه في ذلك ضرر، وهذا معنى يختصّ به الشريك لا يوجد في غيره.

ب ـ أنّ الشفيع إذا رضي بقطع حقّه من تملك الشقص، كان المشتري أولى بثبوت ملكه عليه.

متى يطالب الشفيع بالأخذ بالشفعة:

يطالب المشتري الشفيع بالأَخْذِ بالشفعة أو الترك بَعْدَ اشْتِرَائِهِ الشقص لا قبْلَه. ويطالبه بذلك عند حاكم، فإن أجاب بواحد منهما فظاهر، وإلّا أسقط الحاكم شفعته. فليس له طلبه بالأخذ أو الترك إذا لم يجب له استحقاقه، واستحقاقه يجب بعد شراء المشتري.

ولو طالبه قبل الشراء فأسقط الشفيع حقه فلا يَلْزَمُه الإسقاط؛ لأنه أسقط شيئاً قبل وجوبه، أي: ثبوته وتحققه. وكذلك لَوْ عَلَّقَ الإسقاط على الشراء، بأن قال: إن اشتريت فقد أسقطت شفعتي. فله القيام بها.

وللمشتري أن يستعجل الشفيع بالأخذ أو الترك بعد الشراء، إنْ قَصَدَ الشفيع تَرَوياً

---

(1) الإشراف: 2/ 637.

(2) المعونة: 2/ 1278.

في الأخذ وعدمه، ولا يمهل لذلك بل يوقفه عند حاكم ويستعجله. فإن قال: أخروني حتى أتروى، فلا يؤخر. فإن أجاب بشيء وإلا أسقطها الحاكم وسقطت.

أو إن قصد نَظَراً في الشقص المُشْتَرى بالمشاهدة ليعلم حقيقته، فلا يجاب لتأخير حتى يذهب إليه فينظره، بل يوصف له بالحضرة لصحّة البيع، ويقال له: إما أن تأخذ أو تسقط. فإن أجاب بشيء، وإلا أسقطها الحاكم. إلا إذا كان محلّ الشقص بعيداً عن محلّ الشفيع فيما إذا طلب النظر فيه، وكان البعد قليلاً لا ضرر في الذهاب إليه كَسَاعَة فلكية لا الزمانية فَأَقَلَّ فإنه يجاب لذلك، لا إن كانت المسافة أكثر من ذلك فلا يجاب إلى الذهاب إليه. فعلم أن قولهم: له الشفعة ولو بعد عام محلّه إذا لم يوقفه عند حاكم ويستعجله، ولم يسقط حقه إذا طالبه عند غير الحاكم.

فضّ الشفعة عند تعدّد الشركاء:

تفض الشفعة عند تعدد الشركاء عَلى حَسَب الأنْصِبَاء لا على الرؤوس، فإذا كانوا ثلاثة لأحدهم النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس. فإذا باع صاحب النصف، فلذي الثلث منه ثلثاه وهو ثلث الجميع، ولذي السدس ثلثه وهو سدس الجميع، فيصير معه ثلث جميع الدار ومع ذي الثلث ثلثاها. وإذا باع صاحب الثلث فضّ على أربعة سهام، فلذي النصف ثلاثة منها، ولذي السدس سهم. وإذا باع صاحب السدس فضّ على خمسة أسهم، لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث اثنان. وسواء فيما ينقسم وما لا ينقسم على القول به، خلافاً لمن فرق وهو اللخمي.

وإذا كانت على الأنصباء وباع أحد الشركاء لواحد منهم، كما لو باع صاحب النصف لصاحب الثلث، فيُتْرَك للمُشْتَرِي حِصَّتَهُ سهمين من ثلاثة هما ثلثا الجميع، وأخذ صاحب السدس سهماً هو سدس الجميع.

ودليل فضّ الشفعة على قدر الأنصباء لا على قدر الرؤوس[1]:

أ ـ القياس على توزيع غلّة العقار؛ لأنّ الشفعة معنى يستفاد بالملك فوجب أن تكون معتبرة بالملك لا بقدر الملّاك أصله غلّة العقار.

ب ـ القياس على الربح في التجارة التجارة؛ لأنّ مرافق الأموال تتوزّع على حسب مقادير أملاك الشركاء في القلة والكثرة، كالربح في التجارة.

ج ـ أنّ الشفعة مستحقّة لإزالة الضرر المتأبّد لولاها، والضرر داخل على كلّ واحد منهم على غير استواء؛ لأنّه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة. لأنّ المشتري قد يطالبهم بالقسمة، فيلزمهم ذلك فيدخل عليهم الضرر من عدّة وجوه: من نقصان قيمة نصيب كلّ منهم إذا

---

(1) الإشراف: 2/ 633، والمعونة: 2/ 1270، والمقدمات: 3/ 67، وبداية المجتهد: 2/ 291.

قسم، ولزوم أجرة القسام، واستحداث مرافق أخر، وزيادة مؤنة، ووجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملك الملّاك لا على عدد رؤوسهم، فإذا كانت الشفعة مستحقّة لهذا وجب أن يستحقّ بقدر الملك؛ لأنّ هذا الضرر إذا وجد يسقط حسب الملك، وكذلك إذا رفع.

د ـ أنّ ذلك روي عن علي بن أبي طالب ﷺ.

تعدّد الشركاء والآخذ بالشفعة واحد:

إذا اشترى رجل شقصاً من آخر، وله عدّة شركاء، فأراد واحد منهم الأخذ بالشفعة، وسلّم سائرهم، فليس للشفيع إلّا أن يأخذ الكل أو الترك؛ لأنّ باقي الشركاء إذا تركوا أصبح الشقص كأنّه ليس له إلّا شفيع واحد، فلم يكن له إلّا أخذ الكلّ أو الترك[1].

حضور بعض الشفعاء دون البعض:

إذا كان بعض الشفعاء حاضراً وكان باقيهم غائباً، وأراد الحاضر أن يأخذ بالشفعة في نصيبه، لم يكن له ذلك؛ لأنّ تبعيض الصفقة غير جائز ما لم يرض المشتري؛ لأنّ له حقّاً في الشفعة بأن لا تبعّض عليه. فإذا أخذ الحاضر الكلّ، ثم قدم الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا؛ لأنّ أخذ الشفيع الحاضر للجميع إنّما كان لحق المشتري في منع تفريق الصفقة عليه[2].

انتقال الملكية للشفيع:

تنتقل ملكية الشقص المباع للشفيع بأحد أمور ثلاثة:

ـ بحُكْم من حاكم به بعد ثبوت البيع عنده.

ـ أو بدَفْعِ ثَمَن أو قيمة الشقص لمشتريه.

ـ أو بإِشْهَادٍ بالأَخْذِ بشفعته ولو في غيبة المشتري.

فإذا لم يوجد واحد من هذه الثلاثة لم يدخل الشقص في ملك الشفيع، فلا تصرف له فيه بوجه من وجوه الملك.

الركن الخامس: الصيغة:

يلزم الشفيع الأخذ إنْ قالَ: أخذت، بصيغة الماضي لا بالمضارع ولا باسم الفاعل. وهذا إذا كان يعرف الثمن لا إن لم يعرفه فلا يلزمه الأخذ، وإن كان الأخذ صحيحاً. وقيل: بل فاسد؛ لأن الأخذ بالشفعة ابتداء بيع، فلا بد من علم الثمن، وإلّا

---

(1) المعونة: 2/ 1273، والمنتقى: 6/ 215.

(2) المعونة: 2/ 1274.

لزم البيع بثمن مجهول، فيرد وله الأخذ بعد ذلك. والحاصل أنّه إن عرف الثمن وقال: أخذت أو ما في معناه لزمه الأخذ، وسواء حكم له الحاكم به بعد الرفع له أو دفع الثمن أو شهد عليه بذلك، فالمدار على إنشاء الأخذ بعد معرفة الثمن، فتنتقل بذلك ملكية الشقص إليه.

ويلزم المشتري تسليمه الشقص إنْ سَلَّمَ له الأخذ، بأن قال بعد قول الشفيع: أخذت، وأنا قد سلّمت لك ذلك فيتبعه بالثمن المعجل فإن وفّى، وإلا فَيُبَاع الشقص أو غيره لأجل وفائه بالثمن. فإنْ لَمْ يُسَلمْ، بأن امتنع أو سكت بعد قوله: أخذت؛ فإنْ عَجَّلَ الشفيع الثَّمَنَ أخذه قهراً عنه، وإن لم يعجله أَسْقَطَ الحاكم الشفعة ولا يباع الشقص. وهذا إنما يكون في الثمن الحال لا المؤجل، وحاصله: أنه إذا عجل الثمن فلا كلام للمشتري، وأخذ منه جبراً وإن لم يسلم؛ وإن لم يعجّله فإن سلم أجّل للوفاء باجتهاد الحاكم، ولا نقض للشفعة، ثم يبيع من ماله ما يوفي به الثمن ولو الشقص، والأولى تقديم ما هو الأولى بالبيع؛ وإن لم يسلم ولم يعجل أَجّلَ بالاجتهاد فإن مضى الأجل ولم يأت به فله البقاء على طلب الثمن، فيباع له مال الشفيع للوفاء، وله أن يبطل أخذه بالشفعة.

وإنْ قَالَ الشفيع: أنا آخُذُ، بصيغة المضارع أو باسم الفاعل، أَجّلَ ثلاثة أيام لإحضار الثمن، فإن أتى به فيها وإلّا سَقَطَتْ، شفعته ولا قيام له بها بعد ذلك.

حقّ الورثة في الشفعة:

حقّ الشفعة موروث. والدليل[1]:

أ ـ حديث: «الشفعة فيما لم يقسم»، وهذا عام في كلّ شريك، والوارث شريك لمن باع نصيبه من الشركة، فاستحق الشفعة، كما لو استحقها مورثه قبل وفاته.

ب ـ عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلّاً فإلينا»[2]. والتنصيص في الحديث على المال لا ينافي غيره من سائر الحقوق، وهو عام في كلّ حق يتركه الميت.

ج ـ القياس على خيار الردّ بالعيب؛ لأنّ الشفعة خيار ثبت للمورث لدفع الضرر عن ماله، فجاز أن يقوم الوارث مقامه كالردّ بالعيب.

د ـ القياس على الثمار والنتاج؛ لأنّ الشفعة حقّ مستفاد بالملك، فجاز أن يورث كثمار الشجر ونتاج الماشية.

---

(1) الإشراف: 2/ 636، والمعونة: 2/ 1279، والمنتقى: 6/ 221، وبداية المجتهد: 2/ 294.

(2) أخرجه البخاري في المساقاة، باب الصلاة على من ترك ديناً؛ ومسلم في الفرائض.

تقديم الأحق عند تعدد الشفعاء:

يقدّم في الأخذ بالشفعة الأخَصُّ في الشركة على غيره. والأخص هُوَ المُشَارِكُ في الفرض كالثلث بالنسبة للإخوة لأم والثلثين بالنسبة للأختين؛ وكَأخْت لأب مَعَ شَقِيقة لأنهما شريكتان في الثلثين وإن كانت الشقيقة لها النصف، إذ هو ليس بفرض مستقل عند الاجتماع. فإذا باعت إحدى الأختين نصيبها فالشفعة للأخرى دون غيرها من الشركاء الوارثين أو غير الوارثين.

ويدخل الأخصّ عَلى الأعَمّ، وهو غير المشارك في السهم، فيشمل العاصب وغيره. فإذا مات عن بنت فأكثر وعن أخوين أو عمين، فباع أحد الأخوين، فإن البنات يدخلن في الشفعة، ولا يختص بالأخ أو العمّ الذي لم يبع. وكذا إذا مات عن بنات ماتت إحداهن عن أولاد، فإذا باعت إحدى البنتين دخل مع الأخرى أولاد الميتة. وإذا باع واحد من أولاد الميتة لم يدخل في حصته واحدة من الخالات؛ لأن الأعم لا يدخل مع الأخص. وإنما كان أصحاب الوراثة أخص لأنهم أقرب للميت الثاني. قال في التوضيح: لو حصلت شركة بوراثة عن وارثه لكان أهل الوراثة السفلي أولى، نص عليه في المدونة. كما إذا ورث ثلاثة بنين داراً ثم مات أحدهم عن أولاد، فإنه إذا باع أحد الأولاد كان إخوته أولى ثم الأعمام.اهـ. أي: ولو باع الأعمام لدخل أولاد أخيهم معهم ولا يختص بقية الأعمام.

وكَوَارِثٍ ذي سهم أو عاصب، فإنه يدخل عَلى مُوصَى لهَمْ بعقار باع أحدهم، فلا يختص بالشفعة بقية الموصى لهم، بل يدخل معهم الوارث. ومفهومه أن الموصى لهم لا يدخلون مع الوارث إذا باع أحد الورثة، وهو قول ابن القاسم لأنهم كأعمّ مع أخصّ.

ثمّ يقدّم الوَارِثُ مُطْلَقاً، كان ذا فرض أو عاصباً على أجنبي؛ كثلاثة شركاء في عقار مات أحدهم عن ورثة فباع أحد الورثة ما نابه، فإن الوارث يقدم على الأجنبي. فإذا كان البائع مشاركاً لغيره في سهم قدم مشاركه على غيره وإلا كانت الورثة فيه سواء.

ثم الأجْنَبِيُّ إن أسقط الوارث حقه؛ فإذا كانت دار بين اثنين مات أحدهما عن زوجتين وأختين وعمتين، فإذا باعت إحدى الزوجتين أو الأختين اختصت الأخرى بالشفعة، فإن أسقطت حقها فالشفعة للأختين أو الزوجتين والعمين دون الموصى لهم والأجنبي. فإن أسقطوا حقهم فللموصى لهم دون الأجنبي فإن أسقطوا فللأجنبي فالمراتب أربعة على الراجح، وقيل: خمسة، المشارك في السهم، فذو الفرض، فالعاصب، فالموصى له، فالأجنبي. وعليه فلو أسقطت إحدى الزوجتين حقها انتقل الحق للأختين، فإن أسقطا فللعمين، فإن أسقطا فللموصي له، فإن أسقط فللأجنبي.

تعدد البيع في الشفعة:

إذا تعدد البيع أَخَذَ الشفيع بِأي بَيْع شاء منها، وعهْدة المبيع من عيب أو استحقاق طارئ تكون عَلَى مَنْ أَخَذَ الشفيع بِبَيعِهِ، أي: فكتابة الوثيقة على البائع، ويرجع عليه عند ظهور عيب أو استحقاق. إلّا إذا حَضَرَ الشفيع عَالماً بالبَيْعِ الثاني أو الثالث، فيأخذ بالأخيرِ لا بغيره؛ لأن حضوره عالماً يسقط شفعته من الأول. ويدفَع الثَّمَنَ لمَنْ أَخَذَ الشفيع منْ يَدِهِ الشقص، وإن أخذ ببيع غيره، وَلَوْ كان ما أخذ به أقل ثمناً، فلو باعه الأول بعشرة والثاني بخمسة عشر فإذا أخذ بالأول دفع له عشرة، ثم يَرْجع من أخذ منه بالزَّائد له وهو الخمسة عَلَى بَائِعِهِ، يقول له: دفعت لك ثمن الشقص خمسة عشر أخذت من الشفيع عشرة فرد لي الخمسة؛ كما يردُّ من أخذ الشقص منه مَا زَادَ على ما غرمه، إن كَانَ الثمن الذي دفع له أكثَرَ مما اشترى به كعكس المثال المتقدم؛ كما لو باعه الأول بخمسة عشر وباعه الثاني بعشرة، وأخذ الشفيع بالبيع الأول، فإنه يدفع للثاني لكونه أخذ من يده خمسة عشر يأخذ منها لنفسه عشرة التي دفعها لبائعه، ويرد له ما زاد وهو الخمسة؛ فإن أخذ الشفيع في هذا المثال بالبيع الثاني دفع له العشرة التي اشترى بها، وهو ظاهر كما لو تساوى الثمنان. وعلى كل حال يدفع الشفيع الثمن الذي أخذ به لمن أخذ الشقص من يده، قل أو كثر ولو أخذ ببيع غيره كما تقدم.

وينقض ما وقع من بيع بعد البيع الذي أخذ به. ومعنى نقضه: تراجع الأثمان. ويثبت ما قبله اتفقت الأثمان أو اختلفت. فإن أخذ بالأخير ثبتت البياعات كلّها ولا تراجع؛ وإن أخذ بالأول نقض جميع ما بعده؛ وإن أخذ بالوسط ثبت ما قبله ونقض ما بعده؛ فإن اتفقت الأثمان فالأمر ظاهر؛ وإن اختلفت فوجه التراجع ما ذكرنا والله أعلم.

حكم الغلة في الشفعة:

تكون الغَلَّةُ قبل الأخذ بالشفعة للمُشْتَرِي؛ لأن الضمان منه والغلّة بالضمان. والدليل على أنّ الضمان من المشتري: أنّ الشفعة تؤخذ من ملك المشتري دون البائع، وذلك أنّ المبيع حصل في ملك المشتري وتقرّر ملكه عليه بالعقد من البائع، فوجب أن يكون الضمان منه[1].

وقوع الكراء قبل الأخذ بالشفعة:

يتحَتم عَقْدُ كِرَاء المشتري الشقص قبل الأخذ بالشفعة، فليس للشفيع فسخه عَلى الأرْجَحِ، بناء على أنّ الأخذ بالشفعة بيع، ومن المعلوم أنّ من اشترى داراً مكتراة فلا ينفسخ كراؤها، والأجرة لبائعها، ولا يقبضها المشتري إلّا بعد مضي الكراء.

(1) المعونة: 2/ 1276، والمنتقى: 6/ 219.

وعليه فالكِرَاءُ له للمشتري بعد الأخذ بالشفعة لا للشفيع، وهذا ظاهر فيما إذا كان وجيبة أو نَقَدَ المكري الكراء. وظاهره لو طالت المدّة كعشرة أعوام، وبه وقعت الفتوى لأنها كعيب طرأ. وقيل: إن كانت المدة قليلة كالسنة والسنتين، لما في المدّة الطويلة من الضرر. ومقابل الأرجح: له فسخه مطلقاً، فإن أمضاه الشفيع فالأجرة في المستقبل له؛ بناء على أنّ الأخذ بالشفعة استحقاق، ومن المعلوم أنّ من استحقّ داراً فوجدها مكتراة كان له أخذها ونقض الكراء، ويرجع المكتري بأجرته على المكري، وله إمضاء الكراء وتكون الأجرة له. قال بعضهم: والخلاف فيما إذا علم أن له شفيعاً وإلا فسخ له قطعاً.

ضمان النقص:

لا يَضْمَنُ المشتري نَقْصَ الشقص، إذا طرأ النقص عليه بعد الشراء بلا سبب منه بل بسماوي، أو بسبب منه لمصحلة، كهدم ليبني أو لأجل التوسع. وسواء علم أن له شفيعاً أم لا. لأنّ المشتري تصرّف بنفسه في ملكه، والشفيع يأخذ منه على وجه الشراء أو التقديم عليه في الملك، فلم يكن له النقصان من الثمن مع بقاء الأعيان المعقود عليها، وهو المهدوم، اعتباراً بها إذا انهدمت بأمر سماوي[1].

فإن هدم وبنى فله قيمته على الشفيع قائماً لعدم تعديه؛ قال في المدونة: فإن بنى قيل للشفيع: خذه بجميع الثمن وقيمة ما عمّر فيها، قال أشهب: وتعتبر يوم القيام وله قيمة النقض الأول يوم الشراء، فيقال: كم قيمة العَرْصَة ـ أي: الساحة ـ بلا بناء، وكم قيمة النقض؟ ثم يقسم الثمن على ذلك، فإن وقع منه النقض نصفه أو ثلثه فهو الذي يحسب به للشفيع على المشتري، ويحط عنه من الثمن، ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائماً. والدليل على أنّ الشفيع عليه القيمة: قول النبي ﷺ: «وليس لعِرْقٍ ظالمٍ حق»[2]. ووجه الاستدلال أنّ تصرّف المشتري ليس تصرفاً على وجه الغصب والظلم، فكان لما فعله حرمة وحقّ؛ لأنّه فعل في ملك صحيح[3].

فإنْ هدم المشتري لا لمصلحة ضمن.

التنازع في الثمن:

إذا اخْتَلَفَ الشفيع والمشتري في الثَّمَنِ الذي اشترى المشتري به الشقص، فقال

---

(1) الإشراف: 2/ 639.

(2) أخرجه مالك مرسلاً عن عروة بن الزبير في الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات؛ ووصله أبو داود عن سعيد بن زيد في الخراج، باب في إحياء الموات؛ والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات وقال فيه: حسن غريب. ووصله الترمذي أيضاً عن جابر، وقال فيه حسن صحيح.

(3) الإشراف: 2/ 636، والمعونة: 2/ 1278.

المشتري: بعشرة، وقال الشفيع: بثمانية؛ فالقَوْلُ للمُشْتَرِي بيمين إنْ أشْبَهَ؛ لأنّه مدّعى عليه، سواء أشبه الشفيع أم لا. فإن لم يشبه، بأن ادعى ما الشأن أن لا يكون ثمناً لذلك الشقص فللشَّفيعِ القول إن أشبه. فإنْ لَمْ يُشْبِها معاً حلف كلّ منهما على مقتضى دعواه وردّه دعوى صاحبه؛ ويرَدّ الثمن إلى القيمة الوَسَط بين الناس، وكذلك إنْ نَكَلا معاً. ونكولهما كحلفهما، ويقضى للحالف على الناكل. قال ابن رشد: وإن أتى بما لا يشبه لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه، وقال غيره: أعدلُ الأقوال سقُوط الشفعة كنسيان الثمن.

ولما كانت القسمة من تعلقات الشركة كالشفعة ناسب أن يذكرها عقبها.



القسمة

تعريف القسمة لغة:

القسمة من القسم ـ بالفتح ـ، يقال: قسم القسّام المال بين الشركاء إذا فرّقه بينهم وعيّن أنصباءهم، ومنه القسم بين النساء. والقسم ـ بالكسر ـ النصيب.

تعريف القسمة اصطلاحاً:

القسمة تعيين نصيب كلّ شريك في مشاع ولو باختصاص تصرّف.

قوله: «تَعْيِينُ» أي: تمييز.

قوله: «كل شَرِيكٍ» أي: من الشركاء كثروا أو قلوا.

قوله: «في مُشَاعٍ» أي: في مشترك لكل واحد جزء شائع في جميع أجزاء الشيء المملوك، عقاراً أو غيره. فيصير ذلك الجزء معيّناً إمّا في جهة إن كان عقاراً، أو في ذات إن كان غيره، أو في أيام إن كانت القسمة مهايأة.

قوله: «باختِصَاصِ تَصَرُّفٍ» فيما عيّن له مع بقاء الشركة في الذات؛ كأن يختص كلّ بدابّة من الدواب المشتركة، أو بجهة من الدار، مع كونها بينهم، فإنّه من القسمة الشرعية.

حكم القسمة:

الأصل في القسمة فيما ينقسم أنّها جائزة، والدليل على ذلك[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۝٨﴾ [النساء: 8]. ووجه الاستدلال أنّ تقدير القرآن حضور أولي القربى والمساكين القسمة، والأمر بإرزاقهم وكسوتهم، يدلّ على مشروعية القسمة؛ لأنّ القرآن لا يقدّر حصول فعل غير جائز من دون أن يبيّن منعه لو كان ممنوعاً.

ب ـ قوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: 7]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى قدّر لكلّ من له حقّ في الميراث، من الرجال والنساء، نصيباً مفروضاً، وذلك يقتضي قسمة الميراث ليصل كلّ واحد إلى حقّه.

ج ـ عن ثور بن زيد الديلي أنّه بلغه أنّ رسول الله ﷺ قال: «أيّما دار أو أرض

(1) المعونة: 2/ 1285، والمقدمات: 3/ 91، وبداية المجتهد: 2/ 296.

قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية. وأيّما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام»[1].

د ـ ما روي عن النبي ﷺ من قسمة الغنائم بين مستحقّيها.

هـ ـ الأصل أنّ أحداً لا يجبر على مشاركة غيره، وأنّ الشراكة تقوم على الاختيار لا على اللزوم.

ويعتري القسمة حكم الوجوب إذا دعا إليها بعض الشركاء.

وأمّا ما لا ينقسم، فالحكم أنّه يباع ويقسم ثمنه بين الشركاء فيه.

أقسام القسمة:

القسمة ثَلاثة أقسام:

القسم الأول: قسمة مهاياة:

وهي قسمة منافع، لا رقاب وذوات. سميت بذلك لأنّ كلّ واحد هيّأ لصاحبه ما ينتفع به. ويقال: تهايؤ، بياء تحتية قبل الهمزة. ويقال: أيضاً تهانُؤ، بنون قبل الهمزة، من المهانأة؛ لأنّ كلّ واحد هنّأ صاحبه بما دفعه له للانتفاع به، وهو معنى قول التعريف: ولو باختصاص تصرّف.

تعريف قسمة المهاياة:

هي في اللغة الإعداد والتجهيز، يقال: هيأ الشيء لصاحبه أعده وجهزه له.

واصطلاحاً:

اخْتِصَاصُ كُلّ شَرِيك عَنْ شَرِيكِهِ بِمَنْفَعَة مُتَّحِدٍ أو مُتَعددٌ في زَمَنٍ.

فقوله: «بمنفعة متّحد» أي: بمنفعة شيء متحد كبعير بينهما يستخدمه أحدهما شهراً والثاني شهراً مثلاً، أو دار يسكنها أحدهما مدة والثاني مثلها.

وقوله: «أو مُتَعددٌ في زمن» أي: كدارين أو بعيرين، يأخذ واحد منهما داراً أو بعيراً والثاني يأخذ الآخر؛ أو كدار وبعير بينهما، يأخذ أحدهما الدار يسكنها ويأخذ الثاني العبد يستخدمه في زَمَنٍ معلوم. فتعيين الزمن شرط: إذ به يعرف قدر الانتفاع، وإلا فسدت اتفاقاً في المتحد وعلى طريقة ابن عرفة في المتعدد، ويظهر من كلام بعضهم ترجيحها. وطريقة ابن الحاجب وابن عبد السلام: أنه لا يشترط تعيينه في المتعدد؛ وعليها فإن عَيَّنَ فلازمة، وإلا فلكل الفسخ متى شاء. وهل يشترط اتحاد الزمن كشهر وشهر أو لا؟ قولان.

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في قسم الأموال. وأخرجه أبو داود في الفرائض، باب فيمن أسلم على ميراث؛ وابن ماجه في الأحكام، باب قسمة الماء.

وفيما يلي أمثلة ذلك مع بيان ما يشترط فيها من عدم طول الزمن في الحيوان:

- رُكُوب دَابّة في زمن معيّن يوماً أو جمعة أوْ شَهْراً لا أكثر؛ لأنّ الحيوان يسرع له التغيّر بخلاف العقار.

- سُكْنَى دَارٍ يسكنها كلّ واحد مدة معينة.

- زَرْع أرْض مأمونة بين شخصين يزرعهما كلّ واحد مدة معينة، ولو أعواماً كثيرة، بخلاف غير المأمونة فلا يجوز قسمها مهايأة؛ لأنها كالإجارة يمنع فيها الغرر، فعلم أن شرطها تعيين الزمن وانتفاء الغرر. ولذا لم يجز طول الزمن في الحيوان ونحوه كالثوب، ولم يجز في أرض الزراعة الغير المأمونة.

لزوم عقد قسمة المهايأة:

قسمة المهايأة من العقود اللازمة، فليس لأحدهما فسخها إذا تراضيا على شيء، حيث وقعت صحيحة إلا برضاهما، أو رضاهم إن كانوا جماعة.

وهي في لزومها كالإِجَارَةِ، أي: وكذلك في تعيين الزمن.

ولا بدّ في قسمة المهايأة من رضا الشريكين، فلا تفعل إلّا برضاهما، ولا يجبر أحدهما عليها إن أباها، ولا يجوز فيها القرعة؛ لأنّ المنافع معدومة فقد لا تحصل فيعظم الغرر بالقرعة[1].

شرط قسمة المهايأة:

شرطها أيضاً كالإجارة، أن تكون في منفعة كركوب وسكنى كما تقدم في تعريفها. لا في الغَلَّة، أي: الكراء؛ كأن يأخذ كلّ منهما كراء الدابة أو الدار مدة معينة، ولو كانت غلّة يَوْم لكل واحد، فلا يجوز لما فيه من الغرر والمخاطرة، إذ يحتمل أن تكون غلّتها في يوم أحدهما أكثر منها في يوم الآخر، مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل. والمنع هنا مبني على أنّ قسمة المهايأة بيع للمنافع، أي: إجارة، وليست تمييز حقّ. فالفرق بين الاستعمال للركوب أو السكنى وبين الغلّة، أنّ الركوب أو السكنى لكلّ منهما أن يستعمله في مثل ما يستعمله فيه الآخر في مدّته، وذلك أمر معلوم يمكن كلّ واحد منهما استيفاؤه؛ وأمّا الغلّة فمجهولة، وقد يتعذّر على أحدهما استيفاء مثل ما استوفاه صاحبه، فإذا طالت المدّة كثرت المخاطرة[2].

القسم الثاني: قسمة المراضاة:

وهي قسمة رقاب وذوات. وتكون بأن يتراضى الشريكان على أنّ كلّ واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بينهما يرضى به بلا قرعة.

---

(1) الذخيرة: 7/ 200.

(2) المنتقى: 6/ 51، 52.

ولا بدّ في قسمة المراضاة من رضا الشريكين، فلا تفعل إلّا برضاهما، ولا يجبر أحدهما عليها إن أباها.

وهي كَالْبَيْعِ. ووجه تشبيهها بالبيع أنّ كلّ واحد من المتقاسمين يبيع حصّته ممّا خرج عنه بحصّة شريكه ممّا صار إليه؛ لأنّ ملك حصّة صاحبه من الجزء الذي صار إليه بحصّته من الجزء الذي أخذه صاحبه[1]. ويظهر هذا التشابه فيما يلي:

- أن من رضي بشيء منه ملك ذاته.
- أنّه ليس له ردّه إلّا بتراضيهما كالإقالة.
- أنّه لا ردّ فيها بالغبن، إذا لم يدخلا فيها مقوّماً. أي: فلا قيام فيها لواحد منهما على الآخر بالغبن، وكذلك في المهايأة؛ لأنّه لم يأخذها أحد على قيمة مقدّرة ولا ذرع معلوم، ولا على أنّه مماثل لما خرج عنه، وإنّما أخذه بعينه على أن يخرج فيما سواه من جميع حقّه، سواء كان أقلّ منه أو أكثر كبيع المكايسة سواء[2].

فإن أدخلا مقوّماً ردّ فيها بالغبن، إلحاقاً لها بالقرعة ما لم يطل الزمن وإلّا فلا ردّ. ووجه الردّ فيها بالغبن أنّ كل واحد من الشركين دخل على قيمة مقدّرة وذرع معلوم، فإذا وجد نقصاً من ذلك وجب له الرجوع به[3]. ولو ألحقت بالبيع في هذه الصورة لم يقع الردّ فيها بالغبن؛ لأن الغبن لا يردّ بالبيع.

وقد يتسامح في قسمة المراضاة ما لا يتسامح في البيع. ووجه التسامح مراعاة القول بأنّها تمييز حقّ لا بيع حقيقة وإن شبّهت به.

وتجوز قسمة المراضاة سواء اتَّحدَ الجِنْسُ كثياب أو خيول، أو اخْتَلَفَ كثوب وبعير كما يظهر بالأمثلة.

ما يجوز في قسمة المراضاة:

- يَجُوزُ الرضا بأخذ صُوف على ظَهْر الغنم في نظير شيء آخر يأخذه صاحبه صوفاً أو غيره، وذلك إن دخلوا على جزّ الصوف بقُرْبٍ كنِصْفِ شَهْرٍ فأقل، وإلا منع لما فيه من معيّن يتأخر قبضه، فيكون من السلم في معيّن وهو ممنوع.
- يجوز أخذ الشريكين كوارثين عَرْضاً حاضراً، كثوب وحصان؛ والآخَرَ دَيْناً على مدين يتبع به المدين إن كان حاضراً مقرّاً به تأخذه الأحكام، إلى آخر شروط بيع الدين.
- يجوز أَخْذُ أحد الشريكين نوعاً من القطاني كفول؛ والآخَر قمحاً أو شعيراً، إذا كان يداً بيد، وإلا منع لما فيه من ربا النسيئة. ولا يجوز ذلك في القرعة لأنها لا يجمع فيها بين صنفين كما يأتي وكذا المسألة التي قبلها. وأما أخذ كلّ واحد دينار على غريم

---

(1) المنتقى: 6/ 49.

(2) المنتقى: 6/ 50، والمقدمات: 3/ 93.

(3) المنتقى: 6/ 50، والمقدمات: 3/ 92.

فلا يجوز في المراضاة ولا في القرعة لما فيه من بيع دين بدين، وأمّا المسألة الأولى فيجوز في القرعة ولو تأخر الجزّ أكثر من نصف شهر، بناء على أنها تمييز حق إذا قابل الصوف صوفاً مثله، إذ لا بد فيها من اتحاد الصنف.

- يجوز خيار أحد الشريكين، أو خيارهما معاً، كالخيار في البيع المتقدم ذكره في باب الخيار من المدة المذكورة هناك، وهي تختلف باختلاف المبيع من عقار وغيره، وممّا يعدّ رضا وغير ذلك كما تقدم.

- يجوز أَخْذُ كُلٍّ من الشريكين أَحَدَ مُزْدَوَجَيْنِ، كخفّ ونعل لما في الرضا من التسامح.

القسم الثالث: قسمة القرعة:

وهي المقصودة من هذا الباب؛ لأنّ المهايأة في المنافع كالإجارة، وقسمة المراضاة في الذات كالبيع؛ ولكلّ من الإجارة والبيع باب يخصّه.

تعريف قسمة القرعة:

هي تميّز حق في مشاع بين الشركاء، لا بيع. ووجه كونها تمييز حقّ أنّها غير موقوفة على اختيار المتقاسمين، بل هي مخاطرة جائزة، وذلك ينافي البيع، فثبت أنّها تمييز حق[1].

والقرعة جائزة في الشرع في كثير من المواطن لتعيين الحقوق عند تساويها، وغير مقتصرة على قسمة المشترك فيه من الممتلكات. ودليل جوازها في الشرع[2]:

أ - قوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ﴿١٤١﴾﴾ [الصافات: 141].

ب - قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: 44].

ووجه الاستدلال من الآيتين أنّهما نص في القرعة. وكانت في شريعة من قبلنا، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ. ولم يرد فيها ناسخ بل ورد إقرارها كما يأتي من الأدلّة.

ج - عن عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له عند موته، ولم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال له قولاً شديداً، ثم دعاهم فجزأهم، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة[3].

---

(1) المنتقى: 6/ 49.

(2) أحكام القرآن: 4/ 1263، والمقدمات: 3/ 93، والجامع لأحكام القرآن: 4/ 86، وبداية المجتهد: 2/ 299، والذخيرة: 7/ 199.

(3) أخرجه مسلم في الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

وإنّما أسهم رسول الله ﷺ بين العبيد في العتق ليقاسم الميت للورثة، فيأخذ له الثلث ويعطي الورثة الثلثين. ووجه اعتماد القرعة في تعيينهم أنّ فعله دلّ على أنّ التعيين بالتشهّي لا يجوز شرعاً، فلم يبق إلّا القرعة.

د ـ عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول، ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا»[1].

هـ ـ عن عائشة ﵂ قالت: كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فأيّتهن خرج سهمها خرج بها معه[2]. ووجه إقراع النبي ﷺ بين أزواجه عند السفر، أنّ السفر بجميعهن لا يمكن، واختيار واحدة منهن إيثار، فلم يبق إلا القرعة. لكن اختلفت الرواية عن الإمام مالك، فقال مرّة: يقرع للحديث، وقال مرّة: يسافر بأوفقهنّ له في السفر.

و ـ عن أم سلمة قالت: كنت عند النبي ﷺ جالسة، فجاءه رجلان من الأنصار يختصمان في أشياء قد درست وبادت، فقال النبي ﷺ: «إنما أقضي بينكما فيما لم ينزل علي فيه شيء، فمن قضيت له بشيء بحجة أراها فاقتطع بها من مال أخيه ظلماً، أتى بها أسطاماً في عنقه يوم القيامة»؛ فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما: حقي له يا رسول الله الذي أطلب، قال: «لا، ولكن اذهبا فاستهما وتوخيا، ثم ليحلل كلّ واحد منكما صاحبه»[3]. ووجه الاستدلال من هذا الحديث أنّ النبي ﷺ أمر بالقرعة في تعيين المستحق إذا أشكل.

ز ـ عن خارجة بن زيد بن ثابت أن أم العلاء امرأة من نسائهم بايعت النبي ﷺ أخبرته: أن عثمان بن مظعون طار لهم في السكنى حين اقترعت الأنصار على سكنى المهاجرين. . . الحديث[4].

حكمة مشروعية القرعة:

حكمتها استخراج الحكم الخفي عند التشاح والتغالب، ليتحقّق بها تطييب أنفس المتقاسمين، وقطع التنازع بينهما، ورفع الظنّة عمّن يتولّى القسمة[5].

---

(1) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب ما جاء في النداء للصلاة؛ والبخاري في الأذان، باب الاستهام في الأذان؛ ومسلم في الصلاة، باب تسوية الصفوف.

(2) أخرجه البخاري في الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها؛ ومسلم في التوبة، باب في حديث الإفك.

(3) أخرجه أحمد في المسند؛ والبيهقي في الصلح، باب ما جاء في التحلل؛ والدراقطني في الأقضية.

(4) أخرجه البخاري في المناقب، باب مقدم النبي ﷺ وأصحابه.

(5) أحكام القرآن: 1/ 273، والجامع لأحكام القرآن: 4/ 86.

ولمّا كانت قسمة القرعة تمييز حق لا بيع، فيكون فيها ما يلي:

- الردّ فيها بالغبن؛ لأنّ كل واحد من الشركاء دخل على قيمة مقدّرة وذرع معلوم، فإذا وجد نقصاً من ذلك وجب له الرجوع به.

- أنّه لا بد فيها من مقوّم.

- أن يجبر عليها من أباها. فإنّه إذا طلبها أحد الشركاء وأباها الآخر وطلب المهايأة أو المراضاة، فإنّه يجبر على القرعة من أباها.

- أن لا تكون إلّا فيما تماثل أو تجانس، من العقار والحيوان والعروض، لا فيما اختلف وتباين من ذلك؛ ولا في شيء من المكيل والموزون.

- أن لا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين في القسم.

فَيُفْرَدُ فيها كلُّ نَوْعٍ أو صِنْفٍ ليقسم على حدته، من عقار أو حيوان أو عرض، سواء احتمل القسمة في ذاته أو لا.

فما احتمل القسمة في ذاته، فيقسم كلّ نوع على حدته، ولا يجمع في القسمة بالسهم - أي: بالقرعة -، الدور مع الحوائط، ولا مع الأرضين، ولا الحوائط مع الأرض؛ بل يقسم كل شيء من ذلك على حدته، وعلّة المنع اختلاف الأغراض في كلّ نوع، ولحوق الضرر بالشركاء بقسمتها على العدد[1].

فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ قسمه في ذاته؛ كنخلة وحمار ودار صغرت وحمام، فإنه يباع ويقسم ثمنه. ووجه عدم وجوب قسمة ما لا ينقسم أنّ القسمة إقرار للحقوق وتمييز حقّ الواحد من الشركاء لينفرد به وينتفع به على الوجه الذي يريده، وقسم أعيان ما لا ينقسم يفيت هذا المعنى، فيجب منعه. مع ما في ذلك من إتلاف المال للفساد الداخل عليه، كأنّ طالب قسمة الدابة والثوب وما أشبههما يقول: أريد أن أتلف على شريكي ملكه وأبطل عليه الانتفاع به، ولا أبالي إن أدّى ذلك إلى إتلاف ملكي معه، فلا يمكّن من ذلك[2].

وأما قوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾ [النساء: 7]. فقوله تعالى: ﴿قَلَّ مِنْهُ﴾ قد استدل به البعض على وجوب قسمة العقار ولو كان حماماً أو داراً صغيرة تذهب منافعه بالقسمة؛ فقد ردّ على ذلك بأنّ معنى الآية ثبوت الحقّ، ثمّ يقسم على السنّة بما رواه يحيى المازني وعبد الله بن عباس وعبادة بن الصامت، أنّ النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»[3]، وقد نفى الحديث التسبّب في لحوق الضرر بالغير[4].

---

(1) المعونة: 2/ 1289.

(2) المعونة: 2/ 1286، وبداية المجتهد: 2/ 299.

(3) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضرّ بجاره.

(4) المنتقى: 6/ 56.

وانظر شرح هذا الحديث فيما تقدم في: باب المرافق. وسيأتي بيان وجه رفع الضرر ببيع ما لا يمكن قسمته، عند الحديث عن الإجبار على البيع.

كيفية قسمة العقار والمقوّم:

يُقَسَّم العقارُ والمُقَوَّمُ بالقِيمَةِ، لا بالمساحة ولا بالعدد. فقد يكون فدان أو بعير أو ثوب قيمته عشرة، وقيمة الآخر مائة لجودته والرغبة فيه، فقد يقابل شيء بمثله أو أكثر. إلا أن تكون الأرض أو غيرها مستوية جودة أو رداءة ورغبة، فلا يحتاج لتقويم، بل تقسم بالمساحة أو العدد، كما سيأتي.

وأما المثلي كالدراهم والدنانير والحبوب والقطن والحديد، فإنّها تقسّم بالعدد أو الكيل أو الوزن، كلّ بما يناسبه، ولا تحتاج لقرعة. وقال ابن عرفة: يجوز قسمه بالقرعة أيضاً ولا وجه له إلّا في نحو حلي.

القاسم وأجرته:

يكفي قَاسمٌ واحد؛ لأن طريقه الإخبار كالقائف والطبيب والمفتي، فهو يجري مجرى الحاكم - أي: القاضي - والحاكم يكفي منه واحد إجماعاً[1]؛ بِخلَافِ المُقَوِّمِ للمتلفات فلا بدّ فيه من التعدد؛ لأنه يترتب على تقويمه قطع أو غرم، وليس المراد المقوّم للسلع المقسومة بالقرعة، فإن المقوّم فيها هو القاسم ويكفي فيه الواحد وهو ظاهر كما ذكره الحطاب والخرشي. قال الشيخ الدردير: وما قيل بل الذي يفيده كلامهم أنه لا بد من تعدد المقوّم في القسمة، بخلاف القاسم فيكفي الواحد، وأن المقوم غير القاسم فبعيد جداً، فتأمل.

والحاصل أن المعوّل عليه أنّ المقوّم لا يشترط فيه التعدّد، إلّا إذا كان يترتب على تقويمه حدّ كسرقة أو غرم، كتقويم المسروق وأرش الجناية والمغصوب. وإنما اشترط فيه التعدّد لأنّه كالشاهد على القيمة. وأما القاسم والمقوّم للقسم، فهو نائب عن الحاكم، فاكتفي فيه بالواحد.

أجرة القاسم:

يكون أجْرة القاسم مفضوضة بعدد الشركاء المقسوم لهم ممن طلب القسم أو أباه، والمراد عدد الرؤوس لا عدد الأنصباء؛ ووجه ذلك أنّ تعب القاسم في الجزء اليسير كتعبه في الكثير، وكذا كاتب الوثيقة والمقوّم. أي: فاختلاف المقادير لا توجب زيادة في فعل القاسم بزيادة السهم، بل التعب فيه واحد، بل ربّما تعب بتمييز السهم القليل وإفراده أكثر ممّا يتعب بتمييز الكثير، يبيّن ذلك أنّ الدار - مثلاً - يكون

---

(1) الذخيرة: 7/ 188.

فيها ثلثان وثمن، فيحتاج إلى قسمتها أثماناً، ولو كانت نصفين لكان أسهل عليه؛ فإذا كان قليل الجزء يؤثّر في العمل ما لا يؤثّره كبيره، بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير، الذي لم يؤثّر إلّا عملاً يسيراً، أكثر ممّا يجب على صاحب الجزء اليسير، الذي قد أثّر عملاً كثيراً، فوجب اطراح اعتبار الأنصباء وأن يكون الاعتبار بعدد الرؤوس[1].

وإذا كان القاسم قد أقامه القاضي فإنه يكره له أخذ الأجر ممّن قسم لهم، سواء كانوا أيتاماً أم لا؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا شأن الناس، وهذا إذا لم يكن له شيء من بيت المال على ذلك. وأما إذا كان يأخذ رزقاً على القسم من بيت المال، فإنه يحرم عليه الأخذ من المقسوم لهم. وكذا يحرم إذا كان يأخذ مطلقاً، أي: قسم أو لم يقسم، ولا فرق بين كون المال المقسوم لأيتام أو لكبار، كان له أجر من بيت المال على القسم في كلّ قسمة أم لا، أي: طالما يأخذ أجرة مطلقاً.

فإن استأجره الشركاء على القسم لهم، فلا كراهة في أخذه الأجرة.

قسم الشجر بالقرعة:

يفْرد في القرعة وجوباً شَجَرُ كُلّ صِنْفٍ ليقسم على حدته، فإذا كان في الحائط شجر نخل وتفاح ورمان وخوخ، فكلّ صنف يفرد على حدته ويقسم. وذلك إن أمكن إفراده وقسمه، بأن يحصل لكلّ واحد من الشركاء حظّ كامل من جميع الأصناف ينتفع به، وإلّا ضمّ لغيره للضرورة، ولا يباع إلا برضا الشركاء؛ لأنّه أضرّ في الحوائط، ويمثل للضرورة بما يلي:

- إن اخْتَلَطَتْ الأنواع في الحائط كنخلة ويليها شجرة رمان فشجرة تفاح وهكذا، فلا يفرد للضرورة، بل يقسم ما فيه بالقيمة، ويجمع لكل واحد من الشركاء حظّه في مكان بالقرعة، ولا يضرّ حينئذٍ ما تحصل له من أصناف الشجر دون صاحبه، فلا يقدح في قسمة القرعة حين الاختلاط لأنه ضرورة. والمقصود من إفراد شجر كل صنف قسمة الشجر لأنها حائط والأرض تبع له.

- الأرض إذا تباعد شَجَرُهَا من نوع أو أنواع، فيُجْمَعُ في القسم فيها مع شجرها بالقيمة، ولا تقسم الأرض على حدة والأشجار على حدة؛ لأنه يؤدّي إلى أن يكون شجر واحد في أرض صاحبه وبالعكس وهو ضرر؛ فهذا استثناء مما تقدم من إفراد كلّ نوع أو صِنْفٍ ليقسم على حدته، إذ المقصود في هذا قسمة الأرض، وأما الشجر فهو تبع لها لأنه متفرق فيها.

ودليل هذه المسألة: الاستحسان. ووجهه الرفق بكلّ شريك باجتماع سهمه، ونفي

---

(1) الإشراف: 2/ 659، والمعونة: 2/ 1290، والمنتقى: 6/ 51.

الضرر عنه. وهو استدلال منسوب للإمام سحنون رحمه الله تعالى[1].

ما يجوز فيه الجمع - أي: بالعدد - في قسمة القرعة:

- الدُّور. فإنه يجوز جمعها في قسمة القرعة. فإذا مات عن دارين أو أكثر في أمكنة، فلا يتعين قسم كلّ دار على حدتها وإن أمكن، بل يجوز أن تجعل هذه الدار في مقابلة الأخرى بالقيمة، ثم يقرع بشروط ثلاثة:

* إن تَقَارَبَا، كَمِيلٍ أو ميلين، أي: بحيث يكون الميل أو الميلان جامعاً لأمكنتهما، حتى يصحّ ضمّ بعضها لبعض في القسمة. فإن تباعدت المسافة لم يجز جمعها، بل يتعيّن قسم كلّ دار على حدتها؛ لأن شأن التباعد يؤدي إلى اختلاف الأغراض والمنافع؛ لأن أكثر من الميلين يؤدي إلى كونها في بلدين أو بلد كبيرة إحداهما في الوسط والأخرى في طرفها وهذا مانع من الجمع لما تقدم.

* وتَسَاوَتْ الدور قيمة ورغبة، لا إن اختلفا في ذلك فلا يجوز الجمع.

* وأن يتعينا ولو بالوصف رفعاً للجهالة.

- الأَقْرِحَةُ وهي أراضي الزارعة من الأفدنة والحَوَائِطُ المتعددة كذلك، أي: يجوز جمعها في القرعة بالقيمة، إن تعينت وتقاربت كالميل وتساوت قيمة ورغبة. ويزاد في الحوائط: أن تكون من نوع واحد كما تقدم.

- البَزّ. وهو ما يلبس من قطن أو كتان أو صوف أو حرير أو خزّ، مخيطاً أو غير مخيط. فإنه يجوز جمعه في القرعة. وإنما جاز جمعه لأنه كالصنف الواحد؛ لأن المقصود منهما اللبس، والزينة لا تعتبر شرعاً، وسواء احتمل كلّ منها القسمة على حدته أم لا. وذلك بَعْدَ تَقْوِيمِ كُلّ على حدته، وإلا لم يجز الجمع.

والدليل على جواز قسمة القرعة بالجمع فيما تقدّم[2]: أنّ ذلك أنفع للمتشاركين وأعود بالصلاح عليهم وتقليل للضرر الداخل عليهم من القسمة؛ لأنّ الدار الواحدة - مثلاً - إذا قسمت ربّما فسد كثير من منافعها وقلّ الانتفاع بما يصير لكلّ واحد منهم وقلت قيمتها، ولذلك أثبتت الشفعة في العقار. وأمّا إذا حصل لكلّ واحد دار كاملة كمل انتفاعه بها.

ولا تجمع أرض ذَات آلةٍ لسقيها، كساقية وشقدف ودلو، مع غيرها كأرض تسقى بلا آلة كَبَعْلٍ أو سيح أو نيل أو مطر، لاختلاف زكاة ما يخرج منهما، فكانا كالنوعين.

ما يمنع قسمته بالقرعة أو مراضاة:

- يمنع قسمة قرعة أو مراضاة مَا فِيه فَسَادٌ؛ لما فيه من إضاعة المال بغير حق،

---

(1) المنتقى: 2/ 54.

(2) المعونة: 2/ 1289، والمنتقى: 6/ 53، وبداية المجتهد: 2/ 298.

كيَاقُوتَة وحجر الرحى بكسرهما بأن يأخذ كل منهما قطعة، ونحو ذلك مما لا ينتفع به إذا قسم. والمطلوب في ذلك أن يباع ويقسم ثمنه. وأمّا نحو الخفين والمصراعين مما لا فساد في قسمه، وإنّما تتوقف منفعة إحداهما على الأخرى، فيجوز مراضاة لا قرعة.

- يمنع قسمة زَرْعٍ بأرضه قبل بدوّ صلاحه بالخرص أي: التحري إن لم يدخلا على جذه أي: دخلا على التبقية أو سكتا؛ وكذلك يمنع قسمة ثَمَرٍ على رؤوس الشجر، سواء كان ثمر نخل وهو البلح الصغير، أو ثمر غيره على الصحيح، خلافاً لمن قصره على الأول؛ وذلك إذا كان كلّ من الزرع والثمر مُنْفَرِداً عن أصله، وهو الأرض في الزرع والشجر في الثمر. ووجه المنع من بيعه بالتحرّي منفرداً إذا دخلا على التبقية، أنّ قسمه من البيع، وهو يمتنع بيعه منفرداً بالتحرّي قبل بدوّ صلاحه على التبقية، فإن دخلا على جذّه عاجلاً جاز، سواء قسم مع أصله أو منفرداً، إن أبّر لا إن لم يؤبّر فلا يجوز قسمها، لا وحدها ولا مع ثمرها؛ لأن قسمها وحدها فيه استثناء ما لم يؤبر، والمشهور منعه، وقسمها مع ثمرها فيه طعام وعرض بطعام وعلى عرض، وجعل الثمر الذي لم يؤبر طعاماً لأنه يؤول إليه.

- يمنع قسمة زرع أو ثمر مَعَ أَصْلِهِ منهما، فهو ممنوع مطلقاً إلا إذا دخلا على جذه عاجلاً. قال في المدونة: قال مالك: إذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيهما ثمر فلا تقسم الثمار مع الأصل، قال ابن القاسم: وإن كان الثمار طلعاً أو بلحاً إلا أن يجذاه مكانه. وقال أبو إسحاق في كتاب المعين: أو اقتسما الزرع الأخضر فدادين على التحري أو اقتسما الثمرة قبل طيبها فذلك لهما إن دخلا على جذّ ذلك مكانهما، ولا يجوز ذلك على التأخير لهما أو لأحدهما اهـ لما في قسمته مفرداً من بيع طعام بطعام تحرياً على التبقية وهو لا يجوز، وأولى إن بدا صلاحها لأنه ربوي. والشك في التماثل كتحقق التفاضل، وهذا هو ربا الفضل فيمنع عند بدوّ الصلاح ولو دخلا على الجذّ، فلا يقسم إلا كيلاً أو وزناً، أي: ولا يجوز قسمته بالتحرّي في أرضه، أو يباع فيقسم ثمنه ولما في قسمه مع أصله من بيع طعام وعرض، بطعام وعرض وهو ممنوع. إلا إذا دخلا على الجذ.

- يمنع قسمه قَتّاً بعد حصاده، أو زَرْعَاً وهو على أرضه بقصبة ونحوها، فيمنع للشك في التماثل.

- يمنع قسمه إذا كان فِيهِ تَرَاجُعٌ فيمنع في القرعة، كما لو كان بينهما شاتان أو بعيران، أحدهما يساوي عشرة والثاني يساوي عشرين، ودخلا بالقرعة على أن من وقع في قسمه ما يساوي عشرين يردّ لصاحبه خمسة، إذ لا يدري كلّ منهما هل يرجع أو يرجع عليه؟ وهو من الجهالة والغرر. وأما في المراضاة فيجوز، وظاهره قلَّ ما به التراجع أو كثر، ورجح.

- يمنع قسم لبن في ضُرُوع الغنم أو البقر أو غيرهما قرعة أو مراضاة، لما فيه من

المخاطرة والغرر. ومعناه: أن يكون بينهما شاتان أو أكثر فيأخذ كل واحد منهما شاة ليأكل لبنها مع بقاء الشركة في الذات. إلّا لِفَضْلٍ ظاهر بين اللبنين، بأن تكون إحداهما تحلب رطلين والأخرى رطلاً، أو يأخذ أحدهما ثنتين والثاني واحدة، والثلاثة متقاربة في قدر اللبن فيجوز؛ لأنهما حينئذٍ خرجا من باب المغالبة إلى ساحة المعروف.

ـ يمنع قسم الشركاء داراً مثلاً بلا مخرج لأحدهما، سواء كان بقرعة أو بغيرها؛ لأن هذا ليس من قسم المسلمين. ومحل المنع إذا لم يكن لصاحب الحصّة الذي ليس له في المخرج شيء ما يمكن أن يجعل فيه مخرج. ومثل المخرج المرحاض والمطبخ. وصحت القسمة إن سكتا عنه، وكان للشريك الانتفاع بالمخرج الذي في نصيب صاحبه وليس له منعه.

ـ يمنع قسم مجرى الماء بالقرعة؛ لأنه قد يقوى الجري في محلّ دون آخر بسبب ريح أو علوّ محلّ وخفض آخر فلا يصل لكلّ ذي حق حقه على الكمال. وأما قسمة المراضاة فجائز أن تجعل القناة المتسعة قناتين أو أكثر. وأما قسمة العين بجعل حاجز بين النصيبين فممنوع مطلقاً، قرعة ومراضاة، لما فيه من النقص والضرر.

والسنّة عند المشاحة قسم الماء بالقلد، وهو الآلة التي يتوصّل بها إلى إعطاء كلّ ذي حظ حظه، كالرملية والساعة والجرة التي تملأ ماء وتثقب ثقباً لطيفاً من أسفلها، ثم يرسل ماء النهر مثلاً إلى أرض أحد الشركاء، فإذا فرغ ماء الجرة أو رمل الرملية أو تمت الساعة أرسل إلى أرض الشريك الآخر مقدار ذلك، وهكذا.

ـ لا يجوز الجمع في قسمة القرعة بين عَاصِبَيْنْ أو أكثر ويفرد عاصب أو أكثر، إلا مَعَ ذِي فَرْضٍ كزوجة وأخوين، أو أخ لأم أو أخت لأب وعمين، فللعصبة الجَمْعُ ابتداء برضاهم، ثم يقرع بينهم وبين صاحب الفرض، ثم إن شاؤوا قسموا فيما بينهم كذَوي سَهْم مع غيرهم، فإنهم يجمعون أولاً، وإن أبى أحدهم الجمع في هذه والتي بعدها ـ أيّ: الورثة مع الشريك الآتية ـ. فإذا مات عن إخوة لأم وعصبة أو زوجات وعصبة أو عن الجميع، فإن أهل كلّ ذي سهم يجمعون أولاً ولا عبرة بمن أراد من الزوجات أو من الإخوة للأم عدمه. فإذ طالبت إحداهن أن تقسم نصيبها ابتداء على حدة لم تُجَبْ لذلك؛ ثم إذا قسم كل سهم على حدته كالربع أو الثمن أو الثلث فلأصحابه القسمة فيه بعد حيث أمكن.

ويجمعون أولاً أيضاً، إذا كان وَرَثَة مَعَ شَرِيكٍ فإذا مات أحد الشريكين في عقار عن ورثته فالورثة يجمعون في القسمة ابتداء. فتقسم الدار نصفين نصفها للشريك ونصفها لهم. ثم إن شاؤوا بعد ذلك قسموا فيما بينهم. ولا يجاب أحدهم لقسم نصيبه على حدة ابتداء إلا إذا رضي الجميع.

وإذا طلب أحد الشركاء من ورثه أو غيرهم القسمة وامتنع البعض، أُجْبِرَ لَهَا

المُمْتَنِعُ منهم إن انتَفَعَ كُلٌّ منهم بما ينوبه، وإلا لم يجبر. وهذا في غير المشترى للتجارة. وإلا لم يقسم لما فيه من نقص الثمن. فيما ناب كلاً وهو خلاف ما دخلا عليه.

صفة القرعة:

يكتبَ القاسم أسماء الشركاء في ورق صغير بعددهم، بعد تعديل المقسوم بالقيمة في المقوم والتحري فيما يتحرى فيه، ويلف كلّ ورقة منها في مثل شَمْع أو طين أو عجين، ثمَّ يرمي كلّ واحدة على قسم، فمن خرج اسمه على قسم أخذه. أو يكتب المَقْسُومَ بوصفه، بأن يكتب الحد الغربي والشرقي والأوسط في أوراق لكلّ واحد من الشركاء، فالتي خرجت فيها جهة أخذها. وهذا ظاهر إذا استوت الأنصباء أو اختلفت وكانت الأقسام عرضاً، فيأخذ صاحب الأكثر الباقي كزوجة وأخ لأم وعاصب. فإن كانت داراً أو حائطاً فإن ذلك قد يؤدي للاختلاط وعدم الضبط. والجواب بأن من ظهر اسمه في جهة أخذ ما يكمل حقه مما يليه فتأمل.

لزوم قسمة القرعة والمراضاة:

يلزم ما خرج بالقرعة، فليس لأحدهم نقضها. وكذا يلزم في قسمة التراضي ما رضي به كل، فمن أراد الفسخ لم يمكن منه.

اشتراء ما يخرج بالقرعة قبل الرمي:

يمنع اشتِرَاءُ ما يَخْرُجُ بالقرعة من الأقسام قبل رميها، ولا يصحّ ذلك. بأن يقول: بعني ما يخرج لك بكذا، أو يقول البائع للمشتري: اشتر ما يخرج لي بكذا. ووجه المنع الجهالة وإن كانت الأقسام متساوية قيمة ومساحة. وهذا إن وقع البيع على البت. فإن وقع على الخيار جاز لأن بيع الخيار منحلّ.

دعوى الجور والغلط في القسمة:

ينظر في دَعْوَى وجود جَوْرٍ في القسمة أو غَلَطٍ فيها من القاسم فيها؛ فإن تَفَاحَشَ بأن ظهر ما ذكر ظهوراً بيناً، أو ثَبَتَ ببينة نُقِضَت القسمة وردّت للصواب.

فإن لم يتفاحش أو لم يثبت، بأن لم يتضح الحال من غير ثبوت؛ حَلَفَ المُنْكِرُ لهما، فإن حلف أنه لم يحصل فيها جور أو غلط فلا تنقض. فإن نكل أعيدت. وهذا ما لم يطل الزمن كالعام أو مدة تدل على الرضا بما وقع، حيث كان ظاهراً لا خفاء به، وإلا فلا كلام للمدعي. والمراد بالجور ما كان عن عمد، والغلط: ما كان عن خطأ.

كما ينظر في دعوى الجور والغلط على الوجه المتقدم في المراضاة إن أَدخَلَا فيها مُقوماً يقوّم لهما السلع أو الحصص؛ لأنها حينئذٍ شابهت القرعة، فإن تفاحش أو ثبت الجور أو الغلط نقضت. وإلا حلف المنكر، فإن نكل نقضت. بخلاف ما إذا وقعت

المراضاة بينهما بلا تقويم وتعديل فلا ينظر في ذلك. وهي لازمة، ولو تفاحش الجور أو الغلط؛ لأنها محض بيع لا يرد فيها بالغبن كما تقدم.

الإجبار على البيع فيما لا ينقسم:

يباع ما لَا يَنْقَسِمُ مِنْ عَقَارٍ، كحانوت، وبيت صغير؛ أو من عرض كسيف ونحوه. ويجبر عَلَى البَيْعِ مَنْ أَبَى البيع من الشركاء. والدليل على جواز إجبار الممتنع عن البيع:

أ ـ ما رواه يحيى المازني وعبد الله بن عباس وعبادة بن الصامت، أنّ النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»(1). ذلك أنّ الشريك إذا امتنع من بيع نصيبه فيما لا ينقسم مع شريكه، كان فيه ضرر على شريكه المريد للبيع؛ لأنّ مريد البيع إذا باع نصيبه وحده لم يحصل على ثمنه كاملاً؛ لأنّ بيع النصيب بمفرده ينقص من قيمته من أجل الشركة، بخلاف لو بيع المشترك فيه جملة. ولا يقال: إنّ الشريك غير مريد البيع يكون بالجبر غير مختار إخراج ملكه؛ لأنّه تعلّق بذلك حقّ الغير، ذلك أنّه لا يلزم البقاء على الشركة، والإنسان محتاج للاختصاص بملكه، ولمن أراد الانفراد منهما بحقّه له أن ينفرد به، فإن أمكن بالقسمة وإلّا بالبيع؛ لأنّه لا طريق له إلّا ذلك، فأجبر الممتنع عليه، ولم يلتفت إلى اختياره لإزالة الضرر عن مريد البيع؛ لأنّ إزالة الضرر لا يشترط فيه الرضا، مع أنّ الرضا قد لا يشترط في البيع لدفع الضرر كالأخذ بالشفعة وبيع مال المفلس(2).

ب ـ القياس المرسل، أو المصلحة المرسلة؛ وذلك أنّ ما لا يمكن قسمته إلّا بإفساده إتلاف للمال، وإضرار بالشركاء إذ يصير لكلّ واحد ما لا ينتفع به، وهذا لا يجوز؛ فلم يبق إلّا بيعه وقسمة ثمنه(3).

والإجبار مقيّد بما يلي:

ـ إذا نَقصتْ حِصَّةُ من أراد البيع لو باعها مفردة عن حصة شريكه. لأن الشأن في السلعة التي تساوي مائة لو بيع نصفها لم يبع بخمسين، بل بأقل. فإن لم تنقص لو بيعت مفردة لم يجبر له الآبي على البيع لعدم الضرر. كما لا يجبر فيما ينقسم أو في المثلي؛ لأن القول لمن أراد القسم فيه.

ـ إذا لزم الآبي النقص، فإن قال الآبي: بع ما يخصك في هذا الحانوت، وإن نقص عن بيعه جملة فعلي ما نقص، فإنه لا يجبر على البيع معه لعدم الضرر.

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقّه ما يضرّ بجاره.

(2) المعونة: 2/ 1286، وبداية المجتهد: 2/ 298، والذخيرة: 7/ 196.

(3) المعونة: 2/ 1287، وبداية المجتهد: 2/ 299.

- إذا لم تملك حصة مريد البيع مفردة، بأن ملكاه معاً بإرث أو شراء أو غيرهما. فإن ملكها مفردة وأراد بيعها وأبى صاحبه من البيع معه لم يجبر على البيع معه.

- إذا لم يكن المجموع متخذاً للغلة أي: الكراء، بأن كان للقنية أو اشتروه للانتفاع في غير غلّة ولو للتجارة على المعتمد؛ فإن اشتري للغلة كربع غَلَّةٍ وحانوتٍ لغلة وحمام وفرن ومجبسة وخان، لم يجبر الآبي على البيع مع من أراده.

فتحصّل أن ما لا ينقسم إذا كان شركة وطلب بعض الشركاء البيع له جملة وأبى البعض، فإن الآبي يجبر على البيع مع من طلبه بشروط أربعة. وشرط ما إذا التزم الآبي النقص، هو للخمي، ولم يعرج عليه الشيخ خليل ولا ابن عرفة؛ لأن ظاهر المدونة وغيرها خلافه، قال الشيخ الدردير: إلا أن وجهه ظاهر. وزاد عياض خامساً: وهو ألا يكون مشترى للتجارة فإن اشتري لها فلا يجبر الآبي على البيع. ورده ابن عرفة.

القسمة عن المحجور والغائب:

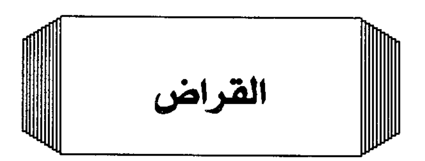
يقسم الولي عن المحجور لصغر أو سفه أو جنون، قسمة قرعة أو مراضاة. فإن لم يكن له ولي، فالحاكم، فإن لم يكن حاكم شرعي فجماعة المسلمين من أهل بلده.

ويقسم الوكيل عن الغائب غيبة بعيدة أو قريبة، إن كان له وكيل، أو القاضي إن لم يكن له وكيل.

ولا يقسم الأب عن ابنه الغائب الكبير الرشيد إذا لم يكن وكيلاً عنه؛ ولا الأمراء؛ ولا كأخٍ وعمّ إذا تكفّل بصغير وصانه بلا وصاية من أبيه حقيقة أو حكماً؛ ومعنى حكماً ما جرت به العادة أن كبير الإخوة أو العم يقوم مقام الأب، فيعمل بذلك ويعطى حكم الوصي وإن لم يوصه الأب، كما تقدم في باب الحجر.

وأمّا مُلْتَقِطُ الصغير فإنه يقسم عنه مادام محجوراً في كنفه.





القراض

ومناسبة هذا الباب لما قبله، أنّ فيه قسم الربح بين العامل ورب المال، ونوع شركة قبل القسم.

تعريف القراض لغة[1]:

القراض ـ بكسر القاف ـ: مأخوذ من القرض ـ بفتح القاف ـ وهو القطع؛ لأنّ رب المال قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح.

وقيل: مأخوذ من القرض، وهو ما يجازى عليه الرجل من خير أو شرّ؛ بدليل قوله تعالى: ﴿مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾ [البقرة: 245]؛ لأنّ فيه دليلاً على أنّ القرض قد يكون حسناً وغير حسن. ومن ذلك سمّي السلف قرضاً؛ لأنّه إنّما يفعله الرجل بصاحبه ليجازيه الله به. وسمّى الله تعالى إنفاق المال في سبيله ابتغاء ما عنده قرضاً حسناً، لإمضائه إيّاه وتبتيله له لوجهه خالصاً رجاء ثوابه عليه، فقال تعالى: ﴿إِن تُقْرِضُوا۟ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُضَٰعِفْهُ لَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ۚ وَٱللَّهُ شَكُورٌ حَلِيمٌ ﴿١٧﴾﴾ [التغابن: 17].

فلمّا كان صاحب المال والعامل فيه على جزء منه منتفعين جميعاً، يقصد كلّ واحد منهما إلى منفعة صاحبه لينفعه هو، اشتقّ له من معناه اسم وهو القراض.

والمقارضة من قارض يقارض؛ لأنّها مفاعلة من اثنين كالمقاتلة والمشاتمة. هذا اسمه عند أهل الحجاز.

وأمّا أهل العراق فلا يقولون قراضاً البتّة، ولا عندهم كتاب القراض، إنّما يقولون مضاربة وكتاب المضاربة أخذاً من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [النساء: 101]، وقوله: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ۙ﴾ [المزمل: 20]. وذلك أنّ الرجل في الجاهلية كان يدفع إلى الرجل ماله على الخروج به إلى الشام وغيرها، فيبتاع المتاع على هذا الشرط، أي: على الخروج.

وفي قول عمر بن الخطاب في قصة ابنيه عبد الله وعبيد الله الآتية: «قد جعلته قراضاً»، دليل على صحّة التسمية بالقراض في اللغة؛ لأنّ الصحابة ﷺ هم أهل اللسان وأرباب البيان. وإذا كان يحتجّ في اللغة بقول امرئ القيس والنابغة فالحجّة بقول هؤلاء أولى وأقوى.

---

(1) المقدمات: 3/ 5.

شرعاً: القِرَاضُ الصحيح:

دَفْعُ مَالِكٍ مَالاً، مِنْ نَقْدٍ، مَضْرُوبٍ، مُسَلَّمٍ، مَعْلُومٍ، لِمَنْ يَتَّجِرُ بِهِ، بجُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنْ رِبْحِهِ، قلّ أو كثر، بصيغة.

وقد قيّد التعريف بالصحيح؛ لدفع ما يتوهّم أنّ هذا التعريف يشمل الصحيح والفاسد؛ لأنّ شأن التعاريف أن تكون للماهيات صحيحها وفاسدها، فأفاد أنّ هذا التعريف لخصوص الصحيح.

حكم القراض:

القراض كان من عهد الجاهلية؛ وأقرّه الإسلام.

والقراض أصل في نفسه، فهو رخصة وتوسعة على المسلمين. والأصل فيه المنع؛ لأنّه من الإجارة المجهولة، فاستثناه الشرع من ذلك. ودليل الجواز والاستثناء[1]:

أ ـ قول الله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ [النساء: 29]. ووجه الاستدلال أنّ القراض تجارة من التجارات.

ب ـ إجماع الأمّة على جوازه.

ج ـ عن زيد بن أسلم عن أبيه، قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش العراق، فلمّا قفلا مرّا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثمّ قال: بلى، ههنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه فتبتاعان به من متاع العراق، ثمّ تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما. فقالا: وددنا ذلك. ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال. فلمّا قدما باعا فأربحا، فلمّا دفعا ذلك إلى عمر، قال: أكلّ الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا. فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أدّيا المال وربحه. فأمّا عبد الله فسكت، وأمّا عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال أو هلك لضمنّاه. فقال عمر: أدّيا المال. فسكت عمر وراجعه عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً. فقال عمر: قد جعلته قراضاً. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال[2].

---

(1) المعونة: 2/ 1119، والمنتقى: 5/ 150، 151، والمقدمات: 3/ 6 ـ 7، والمفهم: 5/ 2758، وبداية المجتهد: 2/ 265.

(2) أخرجه مالك في القراض، باب ما جاء في القراض.

تفيد القصّة أنّ أبا موسى الأشعري أراد أن يبعث مالاً إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بالمدينة، فأعطاه لابني عمر بن الخطاب على وجه السلف لينفعهما به، وأذن لهما في التجارة فيه، على أن يردّا رأس المال للخليفة بالمدينة، ومن مقتضى انتفاعهما بالمال دخوله في ضمانهما؛ وهذا جائز منه لأنّه فعل ذلك لمجرّد منفعة المتسلّف لا لمنفعة المسلف[1]؛ لأنّه لا منفعة له في ذلك؛ لأنّه لو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمنه أبو موسى؛ لأنّه لمّا كان والياً كان المال بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه وأسلفهما إيّاه. إلّا أنّ عمر بن الخطاب أمر ابنيه أن يردّا المال وربحه لبيت المال؛ لأنّه كان لا يرضى بالمحاباة لابنيه لموضعهما من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورّع منه عمر أن يخصّ أحداً من أهل بيته أو ممن ينتمي إليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه، وكان عمر ﷺ يبالغ في التوقّي من هذا.

ووجه الاستدلال من فعل عمر بن الخطاب ﷺ أنه ردّ في الأوّل تصرّف أبي موسى الأشعري، لأجل ما فيه من المحاباة لابنيه، وأمر بتأدية المال وربحه لبيت المال؛ ثمّ رضي بإشارة الصحابي الذي في مجلسه وصوّبها بأن يجعل ذلك قراضاً، ما يدل على أنّ القراض كان معروفاً بين الصحابة يتعاملون به بينهم. وإنّما جوّز عمر ذلك لأنّ عبد الله وعبيد الله عملا في المال بوجه شبهة، وعلى وجه يعتقدان فيه الصحة دون أن يبطلا فيه مقصوداً لمن يملكه، فلم يبطل عليهما عملهما، فردّهما إلى قراض مثلهما، وكان قراض مثلهما النصف، فأخذ عمر النصف من الربح وعبد الله وعبيد الله النصف الثاني.

د ـ عن العلاء بن عبد الرحمٰن عن أبيه عن جدّه، أنّ عثمان بن عفان أعطاه مالاً قراضاً، يعمل فيه على أنّ الربح بينهما[2].

هـ ـ روي ذلك أيضاً عن علي ﷺ[3].

و ـ الضرورة التي تدعو إليها حاجة النّاس إلى التصرّف في أموالهم؛ إذ ليس كلّ أحد يقدر على تنمية ماله بنفسه، ثمّ من الناس من يحسن العمل ولا مال له، فاقتضت حكمة الشرع أن يرفق بكلّ من له مال ومن له العمل، فهو من باب الرفق بالناس. ذلك أنّ الدنانير والدراهم لا تزكو إلّا بالعمل، ولا يجوز إجارتها ممّن ينمّيها، وليس كلّ

---

(1) تقدّم في باب القرض أنّ الممنوع أن يسلف الرجل ماله، ذهباً أو فضة أو غيرهما، رجلاً آخر، ليأخذ بدله منه في بلد أخرى، وذلك لمنفعة نفسه، مثل ثقل حمله في سفر أو خوف الطريق، فيسلفه ليدفع عن نفسه أجرة الحمل أو غرر الطريق. وأمّا إذا كان لمنفعة المتسلّف فقط فذلك جائز.

(2) أخرجه مالك في القراض، باب ما جاء في القراض.

(3) انظر مصنف عبد الرزاق: 8/ 248.

أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله؛ فلولا القراض لبطلت منفعتها، فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض؛ لأنّه لا يتوصّل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع به في التنمية إلّا على هذا الوجه. فرخّص فيه لهذه الضرورة واستثني بسبب هذه العلّة من الإجارة المجهولة على نحو ما رخّص في المساقاة وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه.

شرح التعريف ومحترزاته:

قوله: «دَفْعُ مَالِكٍ» من إضافة المصدر لفاعله.

قوله: «مَالاً» مفعوله.

قوله: «مِنْ نَقْدٍ» أي: من ذهب أو فضة، فيخرج به العرض كثوب، والمثلي غير نقد طعاماً كان أو غيره. والمثليّ ما ضبطه كيل أو وزن أو عدد.

قوله: «مَضْرُوبٍ» أي: مسكوك، فيخرج التبر والنقار[1] والسبيكة من الذهب والفضة.

قوله: «مُسَلَّمٍ» أي: من المالك، لا بدين عليه أو محال به على أحد.

قوله: «مَعْلُومٍ» أي: قدراً وصفة، لا مجهول.

قوله: «لِمَنْ» متعلق بـ«دفع»: أي: دفعه لعامل.

قوله: «يَتَّجِرُ بِهِ»، التجر: التصرف بالبيع والشراء لتحصيل ربح.

قوله: «بجُزْءٍ» أي: في نظير جزء شائع.

قوله: «مَعْلُومٍ» كربع أو نصف لا مجهول.

قوله: «مِنْ رِبْحِهِ» أي: من ربح ذلك المال المدفوع، لا من ربح غيره، ولا بقدر مخصوص؛ كعشرة دنانير من ربحه.

قوله: «قَلَّ» أي: ذلك الجزء كعشر.

قوله: «أو كَثُرَ» أي: كنصف أو أكثر.

قوله: «بِصِيغَةٍ» أي: دالة على ذلك، ولو من أحدهما ويرضى الآخر.

متى يلزم عقد القراض:

القراض من العقود الجائزة، لا يلزم بالعقد واحداً من المتقارضين، وإنما يلزم بالشروع في العمل وشغل المال. فإذا شرع العامل في العمل وشغل المال لم يكن لربّ المال أخذه حتى ينضّ، ولا للعامل صرفه دون ذلك. وسيأتي زيادة بيان لهذه المسألة في فسخ القراض.

---

(1) النقار: القطع من الذهب والفضّة.

القراض بين المسلم والكافر[1]:

لا يجوز للمسلم أن يقارض كافراً؛ لأنّه يستحلّ الحرام ويعمل بالربا. وأمّا أخذ المسلم من الكافر مالاً ليعمل به قراضاً فمكروه؛ لأنّه من إجارة المسلم نفسه من الكافر، وسيأتي في باب الإجارة.

ولا يجوز أن للمسلم أن يقارض من المسلمين إلّا من يعرف الحلال من الحرام.

اجتماع قراض وعقد شركة أو إجارة:

لا يجوز أن ينضمّ إلى القراض عقد شركة ولا إجارة، والدليل: أنّ عقد القراض مستثنى من الأصول الممنوعة، فلا يجوز إلّا بقدر ما وردت به الرخصة[2].

شروط صحّة القراض:

1 ـ أن يكون المال من نقد. فلا يجوز أن يكون العرض والمثلي نفسهما رأس مال قراض، ولو ببلاد لا يوجد فيها النقد. ودليل هذا الشرط[3]:

أ ـ أنّ الدنانير والدراهم أصول الأثمان وقيم المتلفات، ولا يدخل أسواقها تغيير.

ب ـ أنّ القراض في الأصل غرر لأنّه إجارة مجهولة إذ لا يدري العامل كم يربح في المال، وهل يربح أم لا؟ ووقوعه بالعرض والمثلي يتضمّن غرراً؛ لأنّه يؤدّي إلى مشاركة العامل لربّ المال في رأس ماله، وأن ينفرد ربّ المال بالربح ويذهب عمل العامل باطلاً؛ وذلك أنّ العامل يمكن أن يأخذ العرض في وقت رخصه ويردّه في وقت غلائه، فيذهب ربّ المال بربح المال؛ أو يأخذه في وقت نفاقه ويردّه في وقت كساده، فيشتريه ببعض رأس المال ويقاسمه البعض الآخر دون أن ينمى بعمله، فيشارك العامل ربّ المال في قطعة من رأس ماله؛ ولذلك لم يجز القراض بما تختلف أسواقه ويختصّ ببعض الأوقات نفاقه.

ج ـ أنّ علّة المنع كون القراض رخصة جوّزه الشرع للاضطرار إليه وحاجة الناس إلى التعامل عليه؛ فيجب ألّا يجوز منه إلّا مقدار ما جوّزه الشرع، فيقتصر فيه على ما ورد، ويكون ما عداه ممنوعاً بالأصل.

ولا يجوز اعتبار قيمة العرض رأس مال؛ لأنّه إن كانت قيمتها يوم دفعها إلى العامل، فإنّ ربّ المال يكون قد باعه العرض بما قوّماه به على أنّه إن باعه العامل بأقلّ

---

(1) المقدمات: 3/ 18، وشرح الرصاع: 2/ 507.

(2) الإشراف: 2/ 645.

(3) الإشراف: 2/ 640، والمعونة: 3/ 1120 ـ 1121، والمنتقى: 5/ 156، 5/ 166، والمقدمات: 3/ 16، وبداية المجتهد: 2/ 265.

من ذلك جبره من ربحه، وإن كان باعه بأكثر من ذلك كان له نصف الفضل؛ فذلك من الغرر البيّن والمزابنة. وإن كانت قيمتها يوم المفاصلة فذلك غرر بيّن أيضاً؛ لأنّ قيمته يوم المفاصلة مجهولة، فيكون العامل يعمل على رأس مال مجهول، قد يكثر فيستغرق ربحه أو يقلّ فيذهب ببعض رأس مال ربّ المال[1].

ولا يجوز أن يدفع له عرضاً ليبيعه ويجعل ثمنه رأس مال، فإن قال له: بعه واجعل ثمنه رأس مال فسيأتي النص عليه.

2 ـ أن يكون النقد مضروباً. فلا يصحّ أن يكون التبر والنقار والسبيكة والحلي من الذهب والفضة رأس مال قراض، إلّا أن يَتَعَامَلَ الناس بِها فَقَطْ، ولم يوجد عندهم مسكوك يتعامل به ببَلَدِ القراض، فإنّه يجوز حينئذ أن يكون رأس مال. ومفهوم: «فقط» أنه إنْ وجد مسكوك يتعامل به عندهم أيضاً لم يجز التبر ونحوه لوجود الأصل. ودليل عدم الجواز بنقار الذهب والفضة والتبر والسبيكة[2]: القياس على العروض؛ لأنّها تتعيّن بالعقد، فكان القراض بها ممنوعاً كالعروض. ووجه تشبيهها بالعروض أنّ الناس لا يتبايعون بها أو يتصرّفون فيها إلّا بعد علاج وصنعة، وذلك بمنزلة العروض.

ودليل الجواز إذا تعامل بها الناس ولم يوجد عندهم مسكوك[3]:

أ ـ أنّ الناس قد قارضوا قبل أن تضرب الدنانير والدراهم.

ب ـ أنّ السكّة لا تأثير لها في الجواز والمنع، بدليل أنّ كلّ حكم تعلّق على الذهب والفضّة إذا كانا مسكوكين يتعلّق بهما إذا كانا تبرين، من منع التفاضل في الصنف الواحد، والنسيئة في الصنفين.

ودليل عدم الجواز في الحلي[4]: أنّ الصياغة قد غيرت حكم الذهب والفضة وألحقته بالعروض.

وأفاد الشيخ زروق أن النقد المضروب يشترط فيه أن يكون متعاملاً به؛ لأنّ المضروب غير المتعامل به بمنزلة غير المضروب.

وألحق الشيخ الدردير الفُلُوسٍ من النحاس، فقال: لا يجوز أن تكون قراضاً، ولو تعومل بها ولو في المحقّرات، ولو لم يوجد غيرها، وهو قول ابن القاسم[5]. والدليل[6]:

أ ـ أنّ القراض رخصة يقتصر فيها على ما ورد، ويبقى ما عداه على الأصل من المنع.

---

(1) المقدمات: 3/ 17.
(2) المنتقى: 5/ 156، والمقدمات: 3/ 18.
(3) المقدمات: 3/ 18.
(4) المنتقى: 5/ 156.
(5) المنتقى: 5/ 156.
(6) المنتقى: 5/ 156.

ب ـ أنّ الفلوس ليست بأصل في الأثمان، ولذلك لا تجري مجرى العين في تحريم التفاضل وبيعها بالعين نساء، فلم يجز القراض بها قياساً على العروض.

وقال بعضهم ـ وهو رواية عن أشهب[1] ـ في الفلوس من النحاس حيث انفرد التعامل بها: الجواز. والدليل[2]:

أ ـ أن الدراهم من الفضة والدنانير من الذهب ليست مقصودة لذاتها حتى يمتنع بغيرها، حيث انفرد التعامل به، بل هي مقصودة من حيث التنمية.

ب ـ القياس على الدنانير والدراهم؛ لأنّ الفلوس لا تتعيّن بالعقد، فصحّ القراض بها، كالدنانير والدراهم.

لكن إلحاق الشيخ الدردير الفلوس بالمنع، فهذا لمّا لم تكن تروج ـ في عهده وقبله ـ في مقابل ذهب أو فضّة؛ إذ كانت غير متّخذة في نظير رصيدها من الذهب أو الفضة لدى الحكام. وأمّا في هذه العهود فقد أصبحت تروج بين الناس في مقابل سبائك ذهبية معيّنة، يرصدها الحكّام في المصارف الحكومية؛ لذلك يجوز بها القراض كما وجبت فيها الزكاة. وكذلك الأوراق المالية. وتقدّر الفلوس النحاسية والأوراق المالية بالذهب لا بالفضّة؛ للتعليل الذي ذكرناه في زكاة العين.

وعلى تعليل البعض الذين ذكرنا قولهم بجواز القراض بالفلوس حيث انفرد التعامل بها قياساً على الدراهم والدنانير بعلّة التنمية، فلا إشكال في جواز القراض بها في هذا العصر لعلة التنمية.

3 ـ أن يكون رأس المال معلوماً قدراً وصفة، فلا يجوز بما هو مجهول؛ لأنّ الجهل به يؤدّي للجهل بالربح. ويجوز بالنقد المضروب ـ ذهباً أو فضّة ـ الموصوف بما تقدم، ولو كان النقد المضروب مغشوشاً بدنيء عنه. ووجه جواز كون رأس المال في القراض نقداً مغشوشاً[3]:

أ ـ أنّه لمّا كان سكّة التعامل بين الناس، فقد صارت أصول الأثمان وقيم المتلفات.

ب ـ أنّه لا خلاف في تعلق الزكاة بعينها، ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة بعينها.

ج ـ قياس الأولى على الفلوس من النحاس.

4 ـ أن يكون ما يأخذه العامل جزءاً من ربح المال المدفوع، لا من ربح غيره. ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضّة ولا

---

(1) المنتقى: 5/ 156.

(2) المنتقى: 5/ 156.

(3) المنتقى: 5/ 157.

طعام ولا غير ذلك. فإن اشترط العامل شيئاً من ذلك صار إجارة؛ لأنّ من حكم القراض أن يكون حقّ عوض العمل مقصوراً على ما يترقب خروجه من النماء، فإذا اشترط العامل ذهباً أو غيره، فقد خرج عن سنة القراض إلى ما لا يجوز فيه، وإنما يجوز في الإجارة، إلّا أنّ من شرط الإجارة أن يكون جميع عوضها معلوماً، فإذا كان بعض عوضها مجهولاً مترقباً من النماء لم تصحّ الإجارة أيضاً. والفرق بين الإجارة على التجارة بالمال وبين القراض، أنّ في الإجارة يستأجر صاحب المال العامل على أن يتجر له في ماله بشيء معلوم معيّن مقبوض أو مقدّر في الذمّة بعقد لازم، فإن جعل شيء منه في النماء المترقب لم يجز؛ ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائزة ليعمل في ماله بجزء من نمائه المترقب، فإن صرف شيء من عوض العمل إلى غير ذلك لم يجز.

وإن اشترط الزيادة صاحب المال فإنّه عمل وعين معلوم بعين مجهول[1].

5 ـ أن يكون ما يأخذه العامل جزءاً شائعاً معلوماً من الربح، كربع أو نصف؛ لا مجهولاً؛ ولا بقدر مخصوص، كعشرة دنانير من ربحه؛ أي: بل بأن ينسبها لقدر يسمّيه من الربح، كقوله: لك عشرة إن كان الربح مائة، فيجوز لأنّه بمنزلة العشر.

وإذا قارض ربّ المال رجلين على أن يعملا في المال، ويكون لربّ المال النصف، ولأحدهما أكثر من الآخر، كالثلث للواحد والسدس للآخر، لم يجز إلّا أن يتساويا في الربح؛ لأنّهما شريكان في العمل بأبدانهما فلا يجوز تفاضلهما في الربح قياساً على الشركة المختصّة بالأبدان[2].

6 ـ أن يقع القراض بِصِيغَةٍ دالة على ذلك، ولو من أحدهما ويرضى الآخر. ولا يشترط اللفظ كالبيع والإجارة، ولذا عبّر ابن الحاجب في تعريفه بـ«إجارة»، حيث قال: «إجارة على التجر في مال بجزء من ربحه»، وعبّر الشيخ خليل بقوله: «توكيل على تجر في نقد» إلخ؛ إشارة إلى أنه ليس من العقود اللازمة بمجرد العقد، بل لكلّ الفسخ قبل العمل، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وقول التعريف هنا: «دفع» قد يشير لذلك مع إخراج الدين ابتداء، وإن كان لا يخرج الدين صريحاً إلّا بقوله: «مسلّم».

7 ـ أن يسلّم مالك المال ماله للعامل. ودليل هذا الشرط: ما تقدم في حديثي أبي موسى وعثمان أنّهما سلّما المال بيد العاملين عليه. وهذا يقتضي أنّ يكون المال بيد العامل ومؤتمناً عليه[3].

فلا يجوز القراض بما يلي:

كونه بدين لمالك المال على العامل؛ بأن يقول له: اتجر في الدين الذي عليك،

---

(1) المنتقى: 5/ 161.

(2) الإشراف: 2/ 644، والمنتقى: 5/ 154.

(3) المنتقى: 5/ 151.

والربح بيني وبينك. ودليل عدم الجواز[1]:

- سدّ ذريعة الربا؛ لأنّ المدين قد يكون معسراً بالمال، فيجعله ربّ المال قراضاً عنده، ويرضى المدين بالجزء اليسير من الربح من أجل بقاء الدين عنده، فيكون صاحب الدين أخذ زيادة في الدين لأجل التأخير به.

كونه بمال محال به على أحد. كأن يقول له: اقبض الدين الذي لي على فلان، واتجر فيه. فالمراد هنا بالحوالة التوكيل في قبض الدين الذي له على الغير، وإلّا فالحوالة المصطلح عليها لا تصحّ هنا؛ لأنّ المال يأخذه المحال لنفسه ملكاً. ووجه المنع من توكيله على قبض الدين والعمل فيه قراضاً أنّ ربّ المال ازداد على العامل كلفة، وهو ما كلفه به من قبض الدين، وهو منفعة خالصة له، وذلك مخالف لمقتضى القراض[2].

كونه برَهْنٍ أو وَدِيعَة عند العامل أو غيره كأمين.

فلا يجوز أن يكون واحد من هذه الثلاثة - أي: الدين والرهن والوديعة - قراضاً؛ أما الدين فلأنّه يتّهم على أنه أخّره ليزيده فيه، أي: فيكون ربا؛ وأما الرهن والوديعة فقال ابن القاسم: «لأني أخاف أن يكون أنفقها - أي: العين المرهونة أو المودعة - فصارت عليه ديناً». والكلام في المضروب فيحتمل أن يكون أنفق ما عنده من رهن مسكوك أو وديعة ثم تواطآ على التأخير بزيادة، وهذا ظاهر فيما إذا كانت تحت يد العامل.

وأما لو كانت تحت يد أمين فقيل: علة المنع انتفاع ربّ المال الرهن أو الوديعة لتخلصهما من الأمين. ولا شك أنّها علّة ضعيفة.

ولو وقع القراض بدين على العامل، بأن قال ربّه: اجعل ما عليك من الدين قراضاً على أنّ الربح بيننا كذا، استَمَرَّ الدين دَيْناً على العامل يضمنه لربّه ويختص العامل بالربح وعليه الخسر، ولا عبرة بما وقع منهما، فلا يعتبر عقد القراض؛ لأنّ المعدوم شرعاً كالمعدوم حسّاً. لكن إن قبض الدين، ولو بغير إشهاد، بأن يقبضه ربّه من المدين ثم يردّه على أنّه قراض ولو بالقرب؛ أو يُحْضَرَ الدين لربّه، وَيُشْهِدَ عَلَيْهِ بعدلين أو عدل وامرأتين - مع علم الشهود بقدره - على أنّ هذا المال الذي أحضر[3] هو ما عليّ من دين لفلان، ثم يدفعه له ربه قراضاً، فيجوز. ودليل الجواز: أنّ هذا مال قد أحضر المدين عينه، وعلمت براءة ذمّته منه، فإذا ردّه صاحبه إليه قراضاً فقد أذن له في قبضه من نفسه، فكان بمنزلة المقبوض منه[4].

---

(1) المنتقى: 5/ 155، وبداية المجتهد: 2/ 266.

(2) بداية المجتهد: 2/ 266.

(3) وحينئذ يخرج بهذا الإحضار من الذمّة إلى الأمانة.

(4) المنتقى: 5/ 155.

وكذا الرهن والوديعة إذا قبضا أو أحضرا مع الإشهاد، فإنّه يجوز دفعهما قراضاً بالقياس الجليّ على الدين. أي: لأنّ القبض أو الإحضار والإشهاد كاف في الدين، مع أنّه في الذمّة، فكفاية ما ذكر فيما ليس في الذمّة أولى، فهو قياس أحروي.

فإن لم يقبضا ولم يحضرا وقال ربّهما له: اتّجر بما عندك من رهن أو وديعة على أن الربح بيننا كذا قراضاً، فالربح لربهما وعليه الخسر، وللعامل أجر مثله.

فإن قيل: ما الفرق بين تجارته بالدين قبل القبض والرهن والوديعة، حيث جعلتم الربح والخسر للعامل في الأول، ولربّ المال في الثاني؟ فالجواب: أنّ الدين لم ينتقل عن ذمّة العامل، ومن عليه الضمان له الغنم؛ بخلاف الرهن والوديعة، فإنّ الأصل فيهما عدم الضمان لمن هما بيده.

وما مرّ في الوديعة من أن المودَع ـ بالفتح ـ إذا اتّجر في الوديعة فالربح له والخسارة عليه، فذاك فيما إذا اتجر فيها بغير إذن ربها، وهنا أذن له على طريق القراض. وعلى كلّ فما مرّ فلا ينافي ما هنا؛ لأنّ ما مرّ صارت الوديعة ديناً حيث اتجر فيها بغير إذن ربّها، فحكمها حكم التجارة في الدين.

وهذا إذا كان الدين على العامل والرهن أو الوديعة تحت يده.

التفاصل والمقاسمة في القراض:

لا يقع التفاصل والتقاسم بين المتقارضين إلّا بعد حضور رأس المال؛ لأنّ الربح لا يستحقّ إلّا بعد ذلك؛ لأنّه متى كان عروضاً وتقاسما الربح لم يؤمن أن ينقص السعر فيخسر صاحب المال رأس ماله، أو متى كان ديناً فيؤدّي ذلك إلى ما معناه[1].

ولا ينفرد العامل بملك نصيبه من الربح إلّا بالمفاصلة والمقاسمة، لا بالظهور. ودليل ذلك: أنّه لو خسر بعد الربح لجبر رأس المال من الربح قبل المفاصلة، فلو كان ملك العامل على الربح متقرّراً لم يجبر به، كما لم يجبر به بعد المفاصلة[2].

القراض الفاسد وما يترتب عليه:

يفسد القراض في مسائل، ويترتب عليه إمّا قراض المثل أو أجرة المثل.

1 ـ القراض الفاسد الذي يترتب عليه قراض المثل:

ـ إن كان الدين على غير العامل، والرهن أو الوديعة بيد أمين، ووَكَّل ربّ المال العامل على خَلَاصِ الدَّيْن ثم يعمل فيه قراضاً، وكذا على خلاص الرهن أو الوديعة عند أمين، والعمل فيه قراضاً.

ـ توكيل ربّ المال العامل على بَيْعِ عَرْضٍ عِنْدَ العامل؛ أو دفع ربّ المال العرض

---

(1) المعونة: 2/ 1129. (2) الإشراف: 2/ 645.

للعامل، موكّلاً له على بيعه، والعمل في ثمنه قراضاً؛ أو أمره بشراء عروض ثم وكّله على بيعها والاتجار في ثمنها؛ أو دفع له مالاً على أن يشتري به سلعة فلان، ثم يعمل فيها قراضاً. ودليل الفساد[1]:

أ ـ أنّ هذا قراض وإجارة، فلم يجز اجتماعهما في عقد لاختلاف مقتضاهما.

ب ـ أنّ ربّ المال اشترط منفعة لنفسه على العامل، فيما تحمّل عنه من مؤونة بيع العرض وما يكفيه من ذلك.

ج ـ أنّه يتضمّن غرراً؛ لأنّه قراض على رأس مال مجهول.

د ـ أنّ القراض عقد ضيّق لا يحتمل الشروط، لانفراده عن الأصول، ولتجويزه للضرورة، فلا يجوز منه إلّا قدر ما ورد الشرع به فقط، فمتى زيد عليه ما يخرجه عن باب رخصته بطل.

ـ توكيله على صَرْفٍ، بأن دفع له ذهباً ليصرفه بفضة أو عكسه، ثُمَّ يَعْمَلُ فيما صرفه قراضاً. فقراض فاسد. ودليل الفساد[2]:

أ ـ أنّه اجتمع قراض مع بيع أو مع صرف. ووجه ذلك أنّ عقد البيع والصرف لازم وعقد القراض جائز، والجواز ضدّ اللزوم، فلمّا تنافى مقتضاهما لم يصحّ أن يجتمعا في عقد؛ لأنّ ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه ويوجب فساده، وإذا فسد أحدهما فسد الآخر لاشتمال العقد عليهما.

ب ـ قال القاضي عبد الوهاب في تعليل هذه المسألة والتي قبلها: إنّه يؤدّي إلى أمور ممنوعة، أحدها: أن يزداد أحدهما على الآخر زيادة على ما شرطا من الربح، ويستبدّ به فيصير كأنّه قال له: قارضني على أنّ الربح بيني وبينك نصفين وعلى أنّ زيادة لي، وهي أن تخدمني شهراً أو تخيط لي ثوباً، وموضوع القراض على أن لا يحصل لأحدهما نوع من النفع ينفرد به عن الآخر، لئلّا يخلو المال من ربح فينفرد ربّ السلعة بتلك المنفعة. ومنها: أنّ ربّ المال يتعجّل الفائدة من بيع السلعة، وربّما خسر العامل فلم يحصل له الربح فيذهب عمله باطلاً، واستبدّ ربّ المال بالفائدة من بيع السلعة. ومنها: أنّها تصير حصّة ربّ المال مجهولة بأنّه جعلها النصف من الربح وبيع العامل للسلعة ولا يعلم قيمة أجرته. ومنها: أنّه يؤدّي إلى أن يكون رأس المال مجهولاً؛ لأنّه لا يدري بكم يبتاع هذه السلعة، فإذا أدّى إلى ذلك وجب منعه.

وفي هذه المسائل الثلاث، يكون للعامل أَجْرُ مِثْلِهِ في تَولية ما ذكر من خلاص الدين أو بيع العرض أو الصرف في ذمة رب المال، سواء ربح العامل أو لم يربح.

---

(1) المعونة: 2/ 1124، والمنتقى: 5/ 166، والمقدمات: 3/ 17، المعونة: 2/ 265.

(2) المنتقى: 5/ 161.

وكذا في التبر والفلوس كما ذكره بعضهم؛ فله أجر مثله في صرف التبر إن دفع له تبراً وأمره أن يبدله بمسكوك؛ وله أجر مثله إن دفع له فلوساً وأمره بإبدالها بعين مسكوكة.

وله أيضاً قِرَاضُ مثله في رِبْح المال. فإن ربح أعطي منه قراض مثله. وإن لم يربح فلا شيء له لا في ذمة ربه، ولَا في المال.

- انتفاء علم العامل بالجزء الذي له من الربح. بأن قال له ربّ المال: اعمل فيه ولك في الربح شرك، والحال أنه لا عادة بينهم تعيّن قدر الجزء، فلا يجوز، وفيه إن وقع قراض المثل. وإنما كان في هذا اللفظ قراض المثل لأنه يحتمل النصف والأقلّ والأكثر، فيكون مجهولاً. فإن كان لهم عادة تعيّن إطلاق الشرك على النصف مثلاً عمل عليها. وأمّا لو قال: والربح مشترك بيننا، أو شركة، فهو ظاهر في أن له النصف؛ لأنه يفيد التساوي عرفاً، بخلاف لك شرك فإنّ المتبادر منه: لك جزء.

- أن يكون القراض مبهماً. بأن قال: اعمل فيه قراضاً وأطلق، فإنه فاسد. وفيه بعد العمل قراض المثل في الربح. وكذا إذا أبهم الجزء كأن قال: ولك جزء من ربحه، أو شيء من ربحه، إذا لم يكن لهم عادة تعيّن المراد بما ذكر ك: شرك.

- إذا أُجّلَ العمل في القراض ابتداء أو انتهاء. وذلك ك: اعمل فيه سنة من الآن، أو: إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل فيه. فهو فاسد؛ لما فيه من التحجير على العامل المنافي لسنة القراض. وفيه إن عمل قراض المثل. والدليل على أنّ القراض لا يجوز أن يتوقت بأجل[1]:

أ - القياس على الشركة؛ لأنّه عقد جائز فلم يتوقّت بمدّة من الزمان كالشركة. ومعنى ذلك أنّ لكلّ واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء، ولو وقّت بزمن لم يكن لكلّ واحد منهما ذلك؛ لأنّ التوقيت يمنع ذلك.

ب - أنّ القراض من العقود الجائزة؛ لأنّه كالوكالة وهو متضمّن لمعناها؛ لأنّ المال للمالك، وإنّما يتصرّف العامل فيه لطلب الفضل فيه والنماء نيابة عن المالك، والقدر الذي يفترقان فيه أنّ التوكيل لا يتضمّن شركة الوكيل للموكل في الربح، والقراض يتضمّن ذلك؛ فإذا ثبت ذلك صحّ أنّه من العقود الجائزة، فيجب أن يكون ما أخرجه إلى اللزوم باطلاً؛ لأنّه يخرجه عن بابه وأصله، وتوقيته يقتضي اللزوم فوجب فساده.

ج - أنّ في التوقيت زيادة لأحدهما على الآخر، وذلك غير جائز.

وأما إذا قال: اعمل فيه الصيف أو في موسم الحجّ، ونحو ذلك ممّا فيه زمن معيّن، فإنّه فاسد وفيه أجرة المثل؛ وذلك لشدّة التحجير في هذا؛ لأنّ كلّ ما اشتدّ التحجير قوي الفساد، وحيث قوي الفساد خرج عن القراض بالمرّة.

---

(1) الإشراف: 2/ 646، والمعونة: 2/ 1123، والمنتقى: 5/ 162.

ـ إذا شرط فيه على العامل ضمان رأس المال إذا أتلف أو ضاع بلا تفريط؛ فهو قراض فاسد ولا يعمل بالشرط، وفيه قراض المثل في الربح إن عمل. ودليل الفساد[1]:

أ ـ أنّ القراض عقد غرر جوّزه الشرع واستثناه من الأصول، فلم يجز فيه إلّا قدر ما ورد به الشرع؛ وهو موضوعه الأمانة بلا خلاف، ولا يقتضي ضمان العامل؛ فلذلك إذا شرط نقل الضمان عن محلّه بإجماع، اقتضى ذلك فساد العقد والشرط؛ لأنّه خلاف مقتضى أصله، والعقد إذا ضامّه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه، أصله إذا تزوج امرأة وشرط عليها ألّا يطأها.

ب ـ أنّ القراض موضوع على التساوي، فإذا شرط الضمان فذلك زيادة لا يقتضيها العقد، فوجب فساده كما لو شرط ربحاً معلوماً.

وأمّا لو تطوّع العامل بالضمان ـ إذا تلف المال أو ضاع بلا تفريط ـ، ففي صحّة ذلك القراض وعدمها خلاف. وأمّا إن دفع ربّ المال للعامل المال، واشترط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه فيما يتعلّق بتعدّيه، فلا يفسد بذلك؛ لأنّ هذا الشرط جائز. وأمّا إن شرط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه مطلقاً، تعدّى في التلف أم لا، فسد القراض ولو كان الضمان بالوجه، ولا يلزم.

ـ إذا اشترط رب المال في القراض على العامل أن يشتري السلعة بدَيْنٍ في ذمته، ثم ينتقد، فَخَالَفَ العامل واشترى بنقد، ففيه قراض المثل؛ لأنّ الشرط فاسد، وقد نقد مال رب المال حالاً، فالسلع لرب المال وللعامل قراض مثله في الربح. فقوله: «فخالف» قيد لا بدّ منه. فإن لم يخالف بأن اشترى بدين كما شرط فيه، فالربح له والخسارة عليه؛ لأنّ الثمن صار قرضاً في ذمته. وكذا لو شرط عليه أن يشتري بنقد فاشترى بدين. وأما لو شرط عليه الشراء بنقد فاشترى به كما شرط فالجواز ظاهر. فالصور أربع.

ـ إذا اشترط عليه أن يعمل فيمَا يَقِلُّ وُجُودُهُ. أي: ما يوجد تارة ويعدم أخرى، فالقراض فاسد، وفيه إن عمل قراض المثل في الربح. وسواء خالف واشترى غيره أو اشتراه قال المواق: ونص المدونة قال مالك: «لا ينبغي أن يقارض رجلاً على أن لا يشتري إلّا البزّ، إلا أن يكون موجوداً في الشتاء والصيف، فيجوز ثم لا يعدوه إلى غيره». قال الباجي: «فإن كان يتعذر لقلته لم يجز وإن نزل فسخ» أي: فإن فات بالعمل ففيه قراض المثل. ودليل الفساد[2]: أنّ رب المال اشترط ما ينافي عقد القراض،

---

(1) الإشراف: 2/ 646، والمعونة: 2/ 1122، والمنتقى: 5/ 153، 164، وبداية المجتهد: 2/ 267.

(2) المنتقى: 5/ 159.

فوجب أن لا يصحّ، كما لو اشترط عليه الضمان، أو شرط أن يردّ إليه عروضاً. والذي يدلّ على أنّ هذا الشرط ينافي القراض أنّ المقصود من القراض هو النماء والربح، وإذا شرط عليه العمل فيما يقلّ وجوده فإنّه لا يبعد أن يعدم فيه ربح، فيبطل مقصود القراض.

فعلم أنّ ما يوجد دائماً إلا أنّه قليل وجوده فصحيح ولا ضرر في اشتراطه.

- إذا اختلف العامل ورب المال في قدر الربْحِ بَعْدَ العَمَلِ، وادعى كلّ منهما مَا لا يُشْبِهُ العادة، أي: ادّعى جزءاً لا يشبه أن يكون جزء قراض، كأن يقول رب المال: جعلت لك سدس الربح. ويقول العامل: الثلثين، وكانت عادة الناس الثلث أو النصف؛ فيردّان إلى قراض المثل، فإذا انفرد أحدهما بالشبه فالقول له بدون يمين.

فإن أشْبَهَا معاً، فَالقَوْلُ للعَامِلِ لترجح جانبه بالعمل. وأما اختلافهما قبل العمل، فسيأتي أن القول لربه مطلقاً.

2 - القراض الفاسد الذي يترتب عليه أجرة المثل:

يكون في القراض الفاسد في غير ما تقدم ذكره من المسائل: أُجْرَةُ المِثْلِ في ذمّة ربّ المال، سواء ربح العامل أو لم يربح. بخلاف المسائل المتقدمة فإن فيها قراض المثل في الربح، فإن لم يحصل ربح فلا شيء للعامل. ويفترقان أيضاً من جهة أخرى: وهي أنّ ما فيه قراض المثل يفسخ قبل العمل ويفوت بالعمل، وما فيه أجرة المثل يفسخ متى اطلع عليه وله أجرة ما عمل. والمسائل الفاسدة غير ما تقدم ممّا للعامل فيه أجرة مثله ما يلي:

- اشتراط ربّ المال أن تكون يده مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء ممّا يتعلّق بالقراض. فهذا فاسد لما فيه من التحجير على العامل وإبطال عمله. فللعامل أجرة مثله.

- اشتراط ربّ المال على العامل أن يشاوره في البيع والشراء، ففاسد لما فيه من التحجير، وفيه أجرة المثل.

- اشتراط ربّ المال أن يقيم أمِيناً على العامل. بخلاف اشتراط رب المال عمل غلام بنصيب من الربح أو بغير شيء أصلاً فجائز، بشرط أن لا يكون عيناً على العامل. أمّا إن كان الغلام عيناً رقيباً، أو كان عمله بنصيب لرب المال، ففاسد وفيه أجرة المثل.

- اشتراط رب المال على العامل القيام بعمل غير لازم للعامل، كخِيَاطَةٍ لثياب التجارة، أوْ خَرْزٍ لجلودها وإلا فلا يضرّ اشتراط كالنشر والطي الخفيفين.

- اشتراط تَعْيين مَحَلّ للتجر لا يتعداه العامل لغيره، كقوله: لا تتجر إلّا في خصوص البلدة الفلانية. أمّا لو قال له: اتجر في القطر الفلاني ولا تخرج منه فلا يضرّ.

ـ اشتراط تعيين زَمَنٍ له لا يتجر في غيره.

ـ اشتراط تعيين شخص للشراء منه، بحيث لا يشتري شيئاً من غيره؛ أو البيع له بحيث لا يبيع سلعة لغيره.

ووجه الفساد بهذه الشروط أنّ كلّ شرط في عقد يؤدّي إلى فوات المقصود بالعقد أو تعذّره فإنّه مبطل له، ومقتضى عقد القارض ومقصوده التقلّب في المال رجاء نمائه؛ أصله إذا باع سلعة على أن لا يتصرّف فيها أو لا يبيعها، أو تزوّج امرأة وشرط ألّا يطأها[1]. وأنّ العامل في المال سنّته التصرّف وطلب الاسترخاص، فإذا منع من ذلك ونصّ له على الابتياع من معيّن أو زمن معيّن أو محلّ معيّن، فإنّ هذا التعيين يحوّل العامل إلى رسول إلى ذلك الرجل المعيّن يبتاع منه لربّ المال، أو يحجّر عليه التصرف من أين يشتري ومتى يشتري، فلا يجوز أن تتعلّق أجرته بضمان المال؛ لأنّ وجوده مجهول ومقداره مجهول[2].

فيفسد القراض لذلك كله للغرر والتحجير المخالف لسنة القراض. وانظر بقية المسائل في ذلك في مختصر الشيخ خليل.

ضابط الفرق بين ما فيه قراض المثل وأجرة المثل:

ضابط ذلك أنّ كلّ مسألة خرجت عن حقيقة القراض من أصلها ففيها أجرة المثل؛ وأمّا إن شملها القراض لكن اختلّ منها شرط ففيها قراض المثل. والحاصل من هذا الضابط كما فصّله القاضيان عبد الوهاب البغدادي وابن رشد الجدّ، وعليه حمل كلام ابن القاسم: إنّ القراض الفاسد يردّ إلى أحد أمرين:

الأول: يردّ إلى قراض مثله في كلّ منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه داخلة في المال، ليست بخارجة منه ولا منفصلة عنه ولا خالصة لمشترطها، أي: كان الفساد من جهة العقد.

الثاني: يردّ إلى إجارة مثله في كلّ منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه خارجة عن المال وخالصة لمشترطها بحيث تحقق زيادة للمشترط على صاحبه، وفي كلّ غرر وحرام تعاملا عليه خرجا به عن سنّة القراض الجائز.

وقالا: وهذا التفصيل ليس بقياس وإنّما هو استحسان. والذي يوجبه النظر والقياس أن يردّ القراض الفاسد كلّه إلى قراض المثل أو إلى أجرة المثل جملة من غير تفصيل[3].

---

(1) الإشراف: 2/ 634، والمعونة: 2/ 1125.

(2) المنتقى: 5/ 164، بداية المجتهد: 2/ 267.

(3) المعونة: 2/ 1128، والمقدمات: 3/ 12 ـ 13، وانظر أيضاً: المنتقى: 5/ 158، وبداية المجتهد: 2/ 272.

قال ابن حبيب: كلّ قراض وقع فاسداً مما يردّ فيه العامل إلى قراض مثله أو أجرة مثله، فإنّه يفسخ متى عثر عليه قبل العمل وبعده. قال الباجي: ووجه ذلك أنّه عقد غير لازم، فإذا عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيئاً فسخ، وإن عثر عليه بعد أن ابتاع بالجميع كان فسخه المنع من استئناف العمل به في المستقبل، وهما فيما تقدم من العمل على قراض المثل أو أجرة المثل(1).

وفائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل، أنّ أجرة المثل تتعلّق بذمّة ربّ المال، كان في المال ربح أم لا؛ وقراض المثل يتعلّق بربح إن كان في المال، فإن لم يكن فيه ربح فلا شيء للعامل. ومن فقهاء المذهب من يجعل قراض المثل مع الربح وعدمه، ويفرّق بينهما بأن يجعل حظّ العامل بقدر ما يساوي عمله ممّا رضيه عوضاً لو صحّ العقد، فيكون له بقيمة ذلك(2).

ما يجب على العامل في القراض:

يجب على العامل في القراض ما جرت العادة به. كالنَّشْرِ والطَّي الخفيفين للثياب والنقل الخفيف ونحوها، فإن استأجر على ذلك فالأجر من ماله، لا على رب المال ولا من الربح. ولا يجب عليه الكثير ممّا لم تجر العادة به، فإنه لا يتولّاه بنفسه. فإذا عمله بنفسه وادعى أنّه عمله ليرجع بأجرته، قضي له بالأجرة. فإن خالفه ربّ المال وقال: بل عملته تبرعاً منك، صدّق العامل بيمين على أحد قولين.

مسائل تضمّ للفاسد الذي فيه قراض المثل أو أجر المثل أو للقراض الصحيح والجائز:

- إذا اشْتَرَى إنسان سلعة لنفسه بثمن معلوم لأجل، فلم يقدر على الوفاء به، فقال لغيره: أنا اشْتَرَيْتُ سلعة لكذا فأعطِنِي الثمن لأنقده لربها، وربحها بيننا مناصفة مثلاً، فدفع له الثمن؛ فهذا قَرْضٌ فاسد لا قراض؛ فيجب ردّه لربه فوراً ولا يعمل فيه بعادة القراض؛ لأنّ بقاءه كالربا؛ لأنّه لم يقع على وجه معروف. فإن نقده في السلعة فالربح للعامل وحده والخسر عليه.

- أن يشتري السلعة ويسأل غيره قراضاً، من غير أن يُخْبِر ربّ المال بالشراء، بل قال له بعد أن اشتراها: ادفع لي عشرة مثلاً على وجه القراض والربح بيننا كذا فَيَجُوزُ، ويكون قراضاً على ما دخلا عليه.

- أن يذهب للغير قبل شرائها فيقول له: ادْفَعْ لي كذا على وجه القراض، فَقَدْ وَجَدْتُ سلعة رَخِيصة اشْتَرِيهَا به والربح بيننا على كذا، فيجوز إنْ لَمْ يسمّ السلْعَةَ أو البَائِعَ، ويكون قراضاً على ما دخلا عليه.

---

(1) المنتقى: 5/ 159.

(2) المعونة: 2/ 1129.

ـ أن يسمّي السلعة فقط، كقوله: وجدت بعيراً بكذا فادفع لي ثمنه والربح بيننا؛ فهذا قراض فاسد، وفيه للعامل أجرة المثل.

ـ أن يسمّي البائع، بأن يقول: وجدت فلاناً يبيع بعيراً فأعطني ثمنه قراضاً؛ فهو قراض فاسد، وفيه قراض المثل في الربح، وأجرة المثل في تولّي الشراء.

ـ إذا جعل الربْح كله لأَحَدِهِمَا أو لغَيْرَهِمَا فيجوز. ووجه الجواز أنّ تقدير الربح موكول إلى تراضيهما، فجاز لأحدهما تركه للآخر أو لغيرهما؛ لأنّه من الإحسان والتطوّع[1].

ولكن يضمن العامل مال القراض لربّه لو تلف أو ضاع بلا تفريط، في صورة اشتراط الربْح للعامل، بأن قال له ربه: اعمل فيه والربح لك؛ لأنه حينئذٍ صار قرضاً[2] وانتقل من الأمانة إلى الذمة، لكن بشرطين:

أوّلهما: إنْ لَمْ يَنْفِ العامل الضمان عن نفسه، أو لم ينفه عنه رب المال. فإن نفاه بأن قال: ولا ضمان عليّ. أو قال له ربه: ولا ضمان عليك؛ لم يضمن لأنه زيادة معروف.

ثانيهما: إن لَمْ يُسَمّ قِراضاً، بأن قال: اعمل فيه والربح لك. فإن سمّى قراضاً بأن قال له: اعمل فيه قراضاً والربح لك لم يضمن، ولكن شرط عليه الضمان، فيلغى الشرط. لكنه إن شرطه يكون قراضاً فاسداً يفسخ قبل العمل.

ـ يجوز للعامل خلط مال القراض بِمَالِهِ أو بمال غيره، وذلك إذا لم يشترط عليه ربه الخلط، وإلا لم يجز وفسد، وفيه أجرة المثل. ومحل جواز الخلط المذكور إنْ خَافَ العامل بتَقْدِيم أحَدِ المالين رُخصاً، بل هو الصواب، أي: يجب ذلك إن كان المالان لغيره. فإن كان أحدهما له وجب أحد الأمرين. إما الخلط أو تقديم القراض ومنع تقديم ماله، فإن قدمه فخسر مال القراض ضمن. وقيل: معنى الصواب الندب فلا يضمن إن قدم ماله فحصل للقراض رخص. ومثل الرخص في البيع الغلاء في الشراء.

---

(1) المعونة: 2/ 1123، والإشراف: 2/ 642، وبداية المجتهد: 2/ 267.

(2) أي: وإطلاق القراض عليه مجاز، لما علمت من حقيقة القراض. وحكم ذلك الربح حكم الهبة متى حازه الموهوب له قضي له به إن كان معيّناً. وأما إن كان غير معين كالفقراء وجب من غير قضاء. فإن اشترط لمسجد معين، قال ابن ناجي: إنه من غير قضاء كالفقراء؛ وقال ابن زرب: يقضى به كالموهوب له المعين. وحيث اشترطه رب المال لم يبطل بموت ربه أو فلسه قبل المفاصلة؛ لأن المال كله بيده، فكأن الربح هبة مقبوضة. وأما إن اشترط لربه فهل يبطل بموت العامل وتأخذه ورثته لعدم حوز رب المال له أو لا؟ بل يقضى به لرب المال بناء على أن العامل أجير لرب المال، فكأن رب المال حائز له؟ قولان.

فإن شرط عليه ربه عدم الخلط، فإنه يلزمه ذلك. فإذا خالف وخلط كان الربح بينهما والخسر على العامل.

- يجوز للعامل السفر بمال القراض. ومحلّ الجواز إنْ لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ ربّ المال قَبْلَ شَغْلِ المال، أي: كان القراض مطلقاً. ودليل الجواز[1]:

أ - أنّ مطلق عقد القراض يقتضي السفر بالمال؛ لأنّ اسم العقد مأخوذ منه؛ لأنّ المضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض، كما تقدّم بيانه في التعريف. فإذا كان معنى المضاربة السفر فمحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة.

ب - أنّ هذا وجه مقصود من وجوه التنمية، أصل ذلك سائر أنواع التجارة.

ج - أنّ القراض يقتضي التصرّف في المال على العادة في طلب تنميته، فيتضمّن ذلك التصرّف كلّ ما يعتاد مثله؛ ولأنّ من السلع ما قد جرت العادة بأنّه لا يشترى إلّا في السفر ولا ينمّى المال إلّا فيه، وإلّا أن يحمل إلى المواضع المقصودة به؛ فإذا ثبت أنّ له أن يشتري تلك السلعة ثبت له أن يسافر بها؛ لأنّ تنميتها لا تحصل إلّا به؛ فهذا ما جرى به عرف التجار.

ومعنى إنْ لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ ربّ المال قَبْلَ شَغْلِ المال، إن لم يحجر عليه أصلاً أو حجر بعد شغله. فإن حجر عليه قبل شغله ولو بعد العقد لم يجز. فإن خالف العامل وسافر ضمن. بخلاف ما لو خالف وسافر بعد شغله إذ ليس لربه منعه من السفر بعد شغل المال، سواء كان المال قليلاً أو كثيراً، كان السفر قريباً أو بعيداً، كان العامل شأنه السفر أم لا.

- يجوز لربّ المال أن يشترط على العامل نحو ما يلي:

أن لا يَنْزِلَ وَادياً ينصّ له عليه.

أن لا يَمْشِي بالمال لَيْلاً خوفاً من نحو لصّ.

أن لا ينزل بِبَحْرٍ.

أن لا يَبْتَاعَ به سِلْعَةً عيّنها له لغرض، كقلة ربحها عادة مثلاً. ووجه عدم اعتبار هذا الشرط مفسداً، أنّه قد أبقى للعامل من السلع ما لا يعدم التجارة فيها في بلد من البلدان، ولا وقت من الأوقات[2].

متى يضمن العامل مال القراض:

ضمان مال القراض على ربّه، إلّا في صور. ولا يجوز لرب المال اشتراط الضمان على العامل كما تقدم.

(1) الإشراف: 2/ 644، والمعونة: 2/ 1124، والمنتقى: 5/ 173.

(2) المنتقى: 5/ 159.

ويدخل مال القراض في ضمان العامل مال إذا تلف المال أو بعضه في الصور التالية:

الأولى: إن خالف العامل شرط ربّ المال بأن لا يَنْزِلَ وَادياً ينصّ له عليه؛ أوْ أن لا يَمْشِي بالمال لَيْلاً خوفاً من نحو لصّ؛ أوْ أن لا ينزل ببَحْرٍ؛ أو أن لا يَبْتَاعَ به سِلْعَةً عينها له لغرض، كقلة ربحها عادة مثلاً. فإن تلف المال زمن المخالفة فإنّه يضمن. وأمّا لو تجرّأ واقتحم النهي وسلم المال أو بعضه من التلف، ثم حصل التلف بعد ذلك من غير الأمر الذي خالف فيه فلا ضمان عليه. وكذا لا ضمان عليه لو خالف اضطراراً، بأن مشى في الوادي الذي نهي عنه، أو سافر بليل، أو في البحر اضطراراً لعدم المندوحة، فلا ضمان عليه ولو حصل تلف. وإذا تنازع العامل وربّ المال في أنّ التلف وقع زمن المخالفة أو بعدها صدّق العامل في دعواه.

الثانية: إنْ عَمِلَ بالمال بمَوْضِع جور له، بأن كان لا حرمة له فيه ولا جاه فإنه يضمن، وإن لم يكن جوراً لغيره. ووجه ضمانه هنا لظهور التفريط منه، حيث كان التلف من أجل الجور لا من أمر سماوي. ولا ضمان عليه فيما لا جور عليه فيه وإن كان جوراً لغيره.

الثالثة: أوْ عمل بالمال بَعْدَ عِلْمِهِ بِمَوْتِ رَبِّهِ، وبدون إذن من الورثة، فإنه يضمن إن كان عيناً؛ لأنه صار لغيره. لا إن لم يعلم بموته لعذره، ولا إن كان عرضاً فباعه بعد علمه فلا يضمن خسره، إذ ليس للورثة أن يمنعوه من التصرف فيه. وظاهره الضمان بعد العلم بموته سواء كان العامل حاضراً ببلد المال أو غائباً به، قريباً أو بعيداً وهو الراجح. وقيل: محلّ الضمان إذا كان حاضراً. وهذا التقييد لابن يونس قائلاً: إن كان بغير بلد المال فله تحريكه ولو علم بموته، نظراً إلى أنّ السفر عمل لشغل المال. واعتمد القول البناني نقلاً عن أبي الحسن وابن عرفة وغيرهما.

الرابعة: إن شَارَكَ العامل في مال القراض غيره، ولو عاملاً آخر لربّ ذلك القراض بغير إذن رب المال، فإنه يضمن لأنّ ربّه لم يستأمن غيره فيه. ووجه ضمانه أنه عرّض المال للضياع. ومحلّ الضمان إذا غاب شريكه العامل الذي شاركه بلا إذن على شيء من المال، إن حصل خسر أو تلف، وسواء كان الشريك صاحب مال أو عاملاً. وأمّا إن لم يغب على شيء لم يضمن إذا تلف.

الخامسة: إن بَاعَ سلعة من سلع القراض أو أكثر بديْنٍ إلى أجل بلا إذن، فإنه يضمن. فإن حصل ربح فهو لهما، وإن حصل خسر فعلى العامل وحده على المشهور. فوجه ضمانه: أنّه بالتأجيل قد أخرج المال عن يده، وذلك خلاف مطلق العقد؛ لأنّ المالك إنّما رضي بتصرّفه في المال على أن يكون في يده، لا على أن يجعله في ذمّة غيره، فإذا خالف فقد خالف ما يقتضيه عقد القراض من عدم إخراج المال عن يده،

فضمن كسائر التعدّي[1]. ووجه الجواز إن أذن له: أنّ العامل إذا باع بدين لم تخرج تجارته عن مال القراض[2]. ودليل اشتراط الإذن للجواز[3]: القياس على الوكالة؛ لأنّ هذا عقد يقتضي الأمر بالبيع والشراء، فلم يقتض مطلقه الأجل كالوكالة على البيع والشراء.

السادسة: إن قَارَضَه أو قارض بعضه بلَا إذْنٍ من ربه؛ فإنه يضمن. ويكون الربْحُ في هذه المسألة بين رب المال والعامل الثاني الذي حرك المال، ولا ربْحَ للأوّل. والدليل على تضمينه[4]:

أ ـ القياس على المودع ـ بالفتح ـ؛ لأنّه دفع إليه المال على وجه الأمانة ليكون في يده، فلم يجز له دفعه إلى غيره، أصله المودع.

ب ـ أنّ ربّ المال رضي بأمانة العامل ونظره، دون أمانة غيره ونظره، فكان العامل متعدّياً بتسليم المال إلى غيره وإخراجه عن يده بدون إذن من ربّه؛ فوجب أن يضمن كالوكيل إذا وكّل غيره فيما اؤتمن عليه ولم يؤذن له.

وعلى العامل الأول الزيَادَةُ للثاني، إنْ زَادَ له في الربح على ما جعله له رب المال، كما لو جعل له الثلث في الربح، فقارض آخر بالنصف، فالربح بين ربه والعامل الثاني على الثلث والثلثين وعلى العامل الأول للثاني تمام النصف. فإن دخل معه على أقل كالربع في المثال فالزائد لرب المال.

وحاصل المسألة: أنّ عامل القراض إذا دفع المال لعامل آخر قراضاً بغير إذن ربّ المال، فإن حصل تلف أو خسر فالضمان من العامل الأول؛ وإن حصل ربح فلا شيء للعامل الأوّل منه، وإنّما الربح للعامل الثاني وربّ المال. ثمّ إن دخل العامل الثاني مع الأول على مثل ما دخل عليه الأول مع ربّ المال، فالأمر ظاهر؛ وإن دخل معه على أكثر ممّا دخل عليه، فإنّ العامل الأوّل يغرم للثاني الزيادة؛ وإن دخل معه على أقلّ فالزائد لربّ المال لا للعامل الأوّل. فإن لم يحصل للعامل الثاني ربح فلا شيء له، ولا يلزم العامل الأوّل لذلك الثاني شيء، كما هو القاعدة أنّ العامل لا شيء له إذا لم يربح المال.

عمل العامل بالمال بعد انحلال العقد:

إذا نهى رب المال العامل عَنْ العَمَلِ بماله قبل العمل، وانحل العقد حينئذ، فخالف العامل وعمل، فَلَهُ الربح وحده وعلَيْهِ الخسر، وليس لرب المال عليه إلا رأس ماله، ولو أقرّ العامل أنّه اشترى للقراض بعد ما نهاه ربّ المال.

---

(1) الإشراف: 2/ 644، والمعونة: 2/ 1125.
(2) المنتقى: 5/ 175.
(3) المنتقى: 5/ 175.
(4) الإشراف: 2/ 646.

وصورة المسألة: إذا أعطى شخص لآخر مالاً ليعمل فيه قراضاً، ثم قبل أن يعمل به قال له: يا فلان لا تعمل؛ فحينئذ ينحل عقد القراض، ويصير المال كالوديعة. فإذا عمل بعد ذلك كان الربح للعامل وحده.

الجناية على المال:

إذا جَنَى كُلٌّ من ربّ المال أو العامل على شيء من مال القراض، أوْ جنى أَجْنَبِيٌّ على شيء منه فأتلفه، أو أَخَذَ منه شَيْئَاً قبل العمل أو بعده؛ فالبّاقي بعد الجناية أو الأخذ هو رَأْسُ المَالِ، ويفسخ عقد القراض في المقدار المجني عليه أو المأخوذ، ويكون الربح له خاصة، وَلَا يَجْبُرُ المال الأصلي قبل الجناية أو الأخذ منه رِبْحٌ من الباقي، فليس ما ذكر كالخسر يجبر بالربح؛ لأنّ الجاني أو الآخذ إن كان ربّ المال، فقد رضي بأن الباقي هو رأس ماله، وإن كان العامل اتبع به في ذمته وكذلك الأجنبي يتبع به في ذمّته أيضاً، ولا ربح لما في الذمة؛ لأنّ أخذ الربح عليه ربا.

وعَلَى الجَاني منهم مَا جَنَىَ؛ فإن كان ربّ المال فأمره ظاهر، وإن كان غيره فعليه ما يلزمه شرعاً من أرش أو قيمة أو مثل. ولا فرق بين أن تكون الجناية قبل العمل أو بعده، في كون الباقي رأس المال.

شراء العامل السلع بدين أو بأكثر من مال القراض:

لا يجوز للعامل أن يشتري سلعاً للقراض بتأخير أي: بدين في ذمة ربّه، وإنْ أَذِنَ رَبُّهُ له في ذلك. ودليل عدم الجواز ولو أذن له ربّه[1]:

أ ـ أنّ العامل إذا اشترى بدين خرج عمله عن مال القراض، فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض، بزيادة يزدادها على العامل.

ب ـ أنّ فيه أكل رب المال ربح ما لم يضمن، وقد نهى النبي ﷺ عنه.

وأما شراؤه لنفسه فجائز إذا لم يشغله عن القراض. ثمّ إنّ المنع مقيّد بما إذا كان العامل غير مدير، وأمّا المدير فله الشراء للقراض بالدين. ويجب أن يقيّد ذلك بكون ما يشتريه بالدين يفي به مال القراض، وإلّا لم يجز.

ولَا يجوز للعامل أن يشتري للقراض بأَكْثَرَ مِنْ مَالِ القِرَاضِ ولو بنقد من عنده.

فإنْ اشْتَرَى العامل سلعة بدين للقراض أو بأكثر من ماله فربْحُ تلك السلعة له، ولا شيء منه لرب المال. كما إنّ الخسر عليه، كما لو اشترى بدين لنفسه. وعلّة أنّ لا شيء من الربح لربّ المال، أنّه ربا لأنه سلف جرّ نفعاً.

ثم إذا اشترى تلك السلعة لنفسه أو للقراض بدين في ذمته منفردة عن سلع

(1) المنتقى: 5/ 175.

القراض وباعها كذلك. فجميع ربحها له وخسرها عليه ولا تعتبر قيمتها.

وإذا اشتراها في جملة سلع التجارة فإنّه يكون مشَارَكًاً بقيمة المؤجل ولو عيناً، فتقوّم العين بعرض ثم العرض بعين، ثم ينظر لما يخصّه من الربح، فإذا كان مال القراض مائة فاشترى سلعة بمائتين، مائة هي مال القراض والأخرى مؤجلة. فتقوّم مؤجلة بعرض ثم العرض بنقد. فإذا كانت قيمته خمسين كان شريكاً بالثلث فيختص بربحه وخسره، وما بقي على حكم القراض.

وهذا في المؤجل، وأمّا لو اشترى بنقد فالشركة بعدده واختص بربحه إن اشتراه لنفسه ويصدق؛ وإن اشتراه للقراض خيّر ربّ المال بين دفع المائة الثانية، حالة أو مؤجلة بحيث يكون ضامناً لتلك المائة في ذمّته متى جاء الأجل دفعها، فيكون جميع المال له، وبين عدم الدفع فتكون الشركة على النصف.

حكم ما يحدث من خسر أو تلف في مال القراض:

الخسر هو ما ينشأ عن تحريك المال. والتلف هو ما لا ينشأ عن تحريك.

والحكم في الخسر أنّه إذا حصل في المال، كما لو كانت مائة اشترى بها سلعة، فباعها بثمانين، ثم اشترى بها شيئاً باعه بمائة وعشرين، فإنه يجبر بالربح. وما زاد بعد الجبر فبينهما على ما شرطا؛ فالعشرون في المثال هي التي تكون بينهما. ولو باعه بمائة فقط فلا ربح بينهما.

ولو دخل ربّ المال والعامل على عدم الجبر بالربح لم يعمل به، والشرط ملغى. وهذا ظاهر ما للإمام مالك وابن القاسم. ومقابله عن جمع من العلماء، فقالوا: محلّ الجبر ما لم يشترطا خلافه، وإلا عمل بذلك الشرط. ونقل الدسوقي أنه الأقرب؛ لأنّ الأصل إعمال الشروط لحديث: «المؤمنون عند شروطهم»، ما لم يعارضه نصّ.

والحكم في التلف الجبر أيضاً بالربح. ويلحق به ما يأخذه لص أو عشّار؛ ويكون الجبر ولوقع التلف قَبْلَ تحريك المال بالعَمل.

ومعنى جبر الخسر والتلف بالربح: أنه يكمل منه ما نقصه بالخسر أو التلف، ثم إن زاد شيء قسم بينهما كما تقدم.

ويشترط في الجبر بالربح في الخسر والتلف مَا لَمْ يَقْبِض ربّ المال ماله من العامل، فإن قبضه ربه ناقصاً عن أصله ثم رده له فلا يجبر بالربح؛ لأنه حينئذٍ صار قراضاً مؤتنفاً. ومعلوم أن الجبر إنما يكون إذا بقي شيء من أصل المال، فلو تلف جميعه فأتى له ربه ببدله فلا جبر للأول بربح الثاني.

وَلِرَبّ مال القراض خلف التالف كلّاً أو بعضاً، إلّا أنه إذا تلف الكل فأخلفه فربح في الثاني فلا جبر كما قدمنا. وإذا تلف البعض فأخلفه فيجبر الباقي بما ينوبه من الربح، لا بما ينوب الخلف. قال اللخمي: من ضاعت له خمسون من مائة فخلفها رب

المال، ثم باع بمائة وخمسين، وكان قراضاً بالنصف، أن يكون للعامل اثنا عشر ونصف؛ لأن نصف السلعة على القراض الأول ورأس ماله مائة ولا شيء للعامل فيه ونصفها على القراض الثاني ورأس ماله خمسون وله نصف ربحها ولا يجبر الأول بالثاني (انتهى) أي: بما ينوب الثاني من الربح وتقدم أن الجناية وما أخذ ربه أو غيره لا يجبر بربح.

ولا يجبر ربّ المال على الخلف مطلقاً، تلف كلّ المال أو بعضه، قبل العمل أو بعده.

وإذا أراد الخلف، ففيه تفصيل؛ فإن تلف جميعه لم يلزم العامل قبوله. وأمّا إن تلف بعضه فيلزمه قبوله، إن تلف البعض بعد العمل لا قبله؛ لأنّ لكلّ منهما الفسخ.

وحيث كان لا يلزم ربّ المال الخلف، واشترى العامل سلعة للقراض فذهب ليأتي لبائعها بثمنها، فوجد المال قد ضاع، وأبى ربّه من الخلف، لزمت السلعة العامل. فإن لم يكن له مال بيعت تلك السلعة، وربحها له وخسرها عليه.

ما يجوز للعامل أن ينفق على نفسه من مال القراض:

أوّلاً: يجوز للعامل الإنفاق على نفسه من مال القراض. من طعام وشراب وركوب ومسكن وما يتعلق بذلك من حمام وغسل ثوب على وجه المعروف كما يأتي حتى يرجع لوطنه. والدليل على أنّ الحمام ونحوه ممّا يجوز للعامل أن ينفق على نفسه في ذلك من مال القراض: القياس على المأكل والكسوة؛ لأنّ هذا ممّا لا ينفكّ عنه مسافر، فكان ذلك في مال القراض، أصله ما يأكل ويكتسي به[1]. ويقضى له بذلك - عند المنازعة - بشروط خمسة:

الشرطان الأول والثاني: إنْ سَافَرَ بمال القراض للتجَارَةِ. والمراد شرع في السفر لتنمية المال، ولو دون مسافة القصر. ودليل الجواز بشرط السفر[2]:

أ - أنّ ذلك كان عليه الصدر الأوّل.

ب - أن عدم استحقاق العامل النفقة يجعل ربّ المال ينفرد بزيادة على العامل الذي أذهب السفر بعضه، وذلك خلاف موضوع القراض.

ج - أنّ السفر لمّا كان لأجل المال وطلب تنميته صار كبعض كلفة ومؤنة الأجراء.

د - أنّ العامل إنّما سافر بالمال طلباً للفضل لا تطوّعاً، فلو لم يستحق النفقة لأذهب السفر بربحه وبأضعافه.

---

(1) المنتقى: 5/ 172.

(2) الإشراف: 2/ 646، والمعونة: 2/ 1124، وبداية المجتهد: 2/ 270.

ومفهوم شرط «إن سافر» أنه لا نفقة له بالحضر؛ ووجه ذلك[1]:

أ ـ أنّ مقامه بوطنه ليس بسبب المال وإنّما هو لموضع استيطانه، فكانت نفقته عليه؛ لأنّه لو لم يكن بيعه قراضاً لكان لا بدّ أن ينفق على نفسه وعياله.

ب ـ أنّ ذلك زيادة من العامل على ربّ المال، فلم يجز.

وفي كونه لا نفقة له بالحضر، قيّده اللخمي بقوله: ما لم يشغله عن الوجوه التي يقتات منها وإلّا فله الإنفاق. ومعنى كلام اللخمي أنّ له النفقة في الحضر إذا شغل عن الوجوه التي يقتات منها، كما لو كانت له صنعة ينفق منها، فعطّلها لأجل عمل القراض. قال أبو الحسن: هذا قيد معتبر. فعلى هذا فإنّ علّة استحقاق العامل النفقة من مال القراض هي إقامته بوطنه أو في غيره بسبب مال القراض دون سواه، كما سيأتي زيادة بيان لذلك.

ومفهوم شرط «للتجارة» أنّه لَا يجوز له أن ينفق على نفسه من القراض إن كان سفره لزوجته. وكذلك إن كان سفره لأقارب من أمّ وأب ونحوهما، إن كان قاصداً بلدهم لصلة الرحم، فلا نفقة له. فإن كان قاصداً التجارة لا صلة الرحم ـ أي: الأب والأم ونحوهما ـ فله الإنفاق من المال.

ومثل الزوجة القربة كالحَجّ والغزو والرباط، فليس له النفقة ولو كان قاصداً مع ذلك التجارة. وإنّما لم يكن له الإنفاق في هذا لأنّه لله تعالى، وما كان لله تعالى لا يشرك معه غيره ويجب أن يخلص له في ذلك[2]. سواء كان تابعاً أو متبوعاً، فلا نفقة له على كل حال. لكن هذا الفرق لا يظهر بالنسبة للزوجة؛ لأنه لحق مخلوق لا لله تعالى.

ويفهم من قيد «ما لم يبن بزوجة» و«لزوجة»، أنه لو سافر للتجارة بزوجته أن له النفقة على نفسه فقط في سفره ذهاباً وإياباً. وأما في إقامته معها في بلد التجارة فهل له النفقة بناء على أن دوامه معها ليس كالابتداء؟ أم لا بمنزلة ما لو بنى بها في تلك البلد، بناء على أن الدوام كالابتداء؟ وظاهر كلامهم الأول. أي: ليس الدوام كالابتداء، فله النفقة على نفسه.

ثم إنّ كلّ من سافر لقربة لا نفقة له في رجوعه ببلد لا قُربَة بها، بخلاف من سافر لزوجته فله النفقة في رجوعه لبلد ليس بها أهل، أي: زوجة. والفرق بينها أن الرجوع في القربة قربة وليس كذلك الرجوع من عند الأهل، فلا يقال له: قربة؛ لأنه حق مخلوق.

الشرط الثالث: مَا لَمْ يَبْنِ بزَوْجَةٍ في البلد الذي سافر له للتجارة. فإن بنى بها

---

(1) المعونة: 2/ 1123، والمنتقى: 5/ 171.

(2) المنتقى: 5/ 172.

سقطت نفقته منه؛ لأنها صارت بلده، لكن يأتي هنا قيد اللخمي. لا إن لم يبن، ولو دعي للدخول. وهذا الشرط في الحقيقة شرط في استمرار النفقة.

الشرط الرابع: أن يحتمل المَال الإنفاق منه، بأن يكون كثيراً عرفاً. فلا نفقة في اليسير، كالأربعين والخمسين ديناراً خصوصاً في زمن الغلاء.

فلو كان بيد العامل مالان يسيران لرجلين، ويحملان باجتماعهما النفقة ولا يحملانها عند الانفراد، فروى اللخمي أنّ له النفقة، والقياس سقوطها لحجة كل واحد منهما بأنه دفع مالاً لا تجب فيه النفقة. لكن قال ابن عرفة: لا أعرف هذه الرواية لغيره، ولم أجدها في«النوادر»[1]، وهو خلاف أصل المذهب[2].

وإذا جاز له النفقة على نفسه، فإنّه ينفق ذَهاباً وإيَاباً.

الشرط الخامس: أن ينفق على نفسه بالمَعْرُوفِ. والمراد بالمعروف ما يناسب حاله.

وتكون النفقة في مال القراض لا في ذمة رب المال، حتى لو ضاع المال لم يكن له على ربه شيء. وإذا أنفق العامل على نفسه من غيره فله الرجوع بما أنفقه في المال وستأتي الإشارة إلى ذلك.

ثانياً: يجوز للعامل أن يتخذ له خادماً يخدمه بأجرة من المال، وذلك إن كان أهلاً للإخدام، بالشروط المتقدمة، وهي: إن سافر لتنمية المال، ولم يبن بزوجته، واحتمل المال الإنفاق منه. ودليل الجواز[3]:

أ ـ أنّ الخدمة أخصّ من النفقة، وكلّ ما كان شرطاً في الأعمّ فهو شرط في الأخصّ.

ب ـ أنّ سنّة القراض تقتضي ذلك.

ـ يجوز للعامل أن يكتسي من مال القراض، زيادة على النفقة، وذلك إنْ طَالَ زمن سفره ولو لم يكن بعيداً، أي: طال في الطريق أو في إقامته في البلد التي سافر إليها. ويقدّر الطول بالعرف، وهو ما يمتهن به ما عليه من الثياب عادة. أي: مع الشروط السابقة، فالطول شرط زائد عليها.

وعلى أنّ للعامل في القراض النفقة والكسوة، فإنّه إذا خرج لحاجة أخرى ـ غير الأهل والقربة ـ مع الخروج للتجارة بالقراض، فإنّ ما ينفقه يوزّع بين القراض وحاجته،

---

(1) كتاب «النوادر والزيادات» لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني.

(2) الأصل الذي يعنيه ابن عرفة أنّ من جنى على رجلين، كلّ جناية منهما لا تبلغ ثلث الدية، وفي مجموعهما ما يبلغه، أنّ ذلك في ماله لا على العاقلة.

(3) المنتقى: 5/ 173.

فإذا كان ما ينفقه على نفسه في عمل القراض مائة وما ينفقه في ذهابه للحاجة مائة، فأنفق مائة؛ وزعت على القراض والحاجة مناصفة. ولو كان ما ينفقه في القراض مائة وفي الحاجة خمسين فأنفق مائة، وزعت على الثلث والثلثين. وقيل: ينظر ما بين مال القراض وما ينفقه في الحاجة، ويوزع ما أنفق على قدرهما.

وهذا إذا أخذ القراض قبل اكترائه وتزوده للحاجة، بل وَلَوْ أخذه بَعْدَ تَزَوّدِهِ واكْتِرائِهِ للحاجة، كما في المدونة قال فيها: إن خرج في حاجة لنفسه فأعطاه رجل قراضاً فله أن يفضّ النفقة على مبلغ قيمة نفقته ومبلغ القراض ا.هـ. قال الشيخ الدردير: ولا يعوّل على قول اللخمي: من أخذ قراضاً وكان خارجاً لحاجته فمعروف المذهب لا شيء له كمن خرج إلى أهله ا.هـ. قال الشيخ الدردير: ولعل الفرق على ما فيها أن في كل من القراض والحاجة قصد تحصيل غرض فيه قربة بخلاف الأهل. وعلق الشيخ الصاوي بقوله: هذا الفرق يقتضي أنّ المراد بالأهل عند في كلام اللخمي الأقارب الذين قصد صلتهم، لا الزوجة لأن السفر إليها لا يسمّى قربة، لما تقدم في الفرق السابق.

النفقة والكسوة في الإبضاع:

الإبضاع إرسال الرجل مالاً مع رجل مسافر ليشتري له به بضاعة من بلد كذا[1].

نقل عن الإمام مالك ثلاثة أقوال في ذلك، وهي: أنّ لمبضع السلع النفقة والكسوة من مال البضاعة كالقراض، وسقوطها وأنّ الإبضاع ليس مثل القراض، والكراهة. وقد ذكر ابن عرفة أنّ المذهب ـ من سماع ابن القاسم ورواية أشهب ـ الكراهة. وصوّب ابن عرفة واللخمي والصقلّي سقوط النفقة والكسوة. وكلام الشيخ خليل يشعر بذلك. وورد عن الإمام اللخمي ما يدلّ على أن دليل المسألة هو العرف، فقد نقل عنه ابن عرفة قوله: العادة اليوم ـ أي: في عهده ـ لا نفقة ولا كسوة منها، أي: البضاعة، إمّا أن يعمل مكارمة فلا شيء له، أو بأجرة معلومة لا شيء له غيرها[2].

فسخ القراض بين العامل وربّ المال:

المراد بالفسخ الترك والرجوع عن عقد القراض. وليس المراد حقيقة الفسخ؛ لأنّ الفسخ فرع الفساد، وهو غير فاسد.

فيجوز لِكُلٍّ من ربّ المال والعامل فَسْخُ عقد القراض قَبْلَ الشروع في العَمَلِ بشراء السلع بالمال؛ وقبل التزود له. ووجه الفساد أنّ القراض عقد جائز وليس بلازم[3]، ما دام لم يقع الشروع في العمل كما ذكر.

---

(1) منح الجليل: 7/ 333.

(2) منح الجليل: 7/ 360؛ حاشية الدسوقي: 3/ 530.

(3) المعونة: 2/ 1122.

ويجوز لِرَبِّ المال فقط الفسخ، إنْ تَزَوَّدَ العامل من مال القراض وَلَمْ يشرع في السفر. وليس للعامل حينئذٍ فسخ ويمنع منه، بل الكلام لرب المال لتعلّق حقه بالمال الذي تزود به العامل[1]؛ إلا أن يلتزم له العامل غُرْمَ ما اشترى به الزاد. فإن تزود العامل من ماله فله الفسخ لا لرب المال ويمنع منه لتعلق حقه بالمال[2]، إلا أن يدفع له ما غرمه في الزاد. وإنّما كان لربّ المال فقط الفسخ فيما تقدم، دون العامل عند التزوّد؛ لأنّ التزوّد من مال القراض بالنسبة للعامل عمل فيلزمه تمامه.

فإن عمل العامل في الحضر أو شرع في السفر فيبقى المال تحت يد العامل لِنَضُوضِهِ، أي: خلوصه ببيع السلع. ولا كلام لواحد منهما في فسخه. ووجه كون لا كلام لواحد منهما في الفسخ إلّا بعد بيع السلع أنّ في ذلك إسقاط أكثر العمل؛ لأنّ العروض تحتاج إلى كلفة ومؤنة لمن يبيعها إلى أن يحصل عيناً[3].

وإن طلب أحَدُهُمَا نضوض المال ببيع سلعه ليظهر المال، وطلب الآخر الصبر لغرض كزيادة ربح، نَظَرَ الحَاكِمُ فيما هو الأصلح، من تعجيل أو تأخير فيحكم به. فإن لم يكن حاكم فجماعة المسلمين ويكفي منهم اثنان، واستظهر الدسوقي كفاية واحد عارف يرضيانه.

فإن اتفقا على نضوضه جاز، كما لو اتفقا على قسمة العروض بالقيمة.

التنازع في القراض بين العامل وربّ المال:

يعتبر العامل في القراض أميناً في مال القراض، لذلك فالقَولُ لهُ في دعوى تَلَفِ المال ودعوى خُسْرِهِ وَدعوى رَدهِ لربه، وذلك بيمين[4] في الكلّ، ما لم تقم على كذبه قرينة أو بيّنة. ومن القرينة أن يسأل تجار بلد تلك السلع هل خسرت في زمان كذا التجارة الفلانية، فقالوا: لا نعلم خسارة تجار في تلك السلع.

ويشترط في دعوى الردّ فقط أنْ يكون قَبَضَه بِلَا بينَةِ تَوثُّقٍ. أي: إذا ادعى العامل ردّه لربه فالقول للعامل بيمين، إن لم يكن قبضه ببينة مقصودة للتوثق بها خوف دعوى الردّ، بأن قبضه بلا بينة أصلاً، أو ببينة لم يقصد بها التوثق. فإن قبضه ببينة قصد رب المال بها التوثق خوفاً من دعواه الرد فلا يقبل قوله إلا ببينة تشهد به.

وما ذكر من أن القول للعامل في التلف والخسر يجري في القراض الصحيح والفاسد.

---

(1) المعونة: 2/ 1122.

(2) المعونة: 2/ 1122.

(3) المعونة: 2/ 1127.

(4) هذا هو الراجح. وقيل: بغير يمين. والخلاف جار على الخلاف في أيمان التهمة، وفيها ثلاثة أقوال: قيل: تتوجه مطلقاً وهو المعتمد، وقيل: لا تتوجه مطلقاً، وقيل: تتوجه إن كان متهماً عند الناس وإلّا فلا.

وأيضاً فإنّ القول للعامل في أنّه لم يعمل بمال القراض إلى الآن.

وإذا قَالَ العامل: هو قِرَاضٌ، وقال رَبُّ المال: هو بِضَاعَةٌ عندك لتشتري لي به سلعة كذا بأجرٍ مَعْلُومٍ أو عكسه؛ فالقول للعامل فيهما، وذلك بقيود: إن كانت المنازعة بعد العمل الموجب للزوم القراض، وأن يكون العامل مثله يعمل في القراض ومثل المال يدفع قراضاً، وأن يزيد جزء الربح على أجرة البضاعة.

وإذا قَالَ العامل: أَنْفَقْتُ على نفسي في السفر مِنْ غَيْرِ مال القراض، فلي الرجوع به في المال؛ فالقول للعامل ويرجع بما ادعى، ربح أو لم يربح، كان يمكنه الإنفاق منه أم لا، وذلك بيمين حيث أشبه.

وإذا تنازع العامل ورب المال في جُزْءِ الرِبْحِ المتفق عليه، وادّعى العامل النصف فيه وادعى ربه الثلث مثلاً، فالقول للعامل بيمين؛ لأنّه مؤتمن[1]. وذلك بشرطين: إنْ أَشْبَه، سواء أشبه ربّه أم لا؛ والحال أنّ المال الذي يدعيه ولو ذلك الجزء خاصة بيدِهِ أو وَديعَةٌ عند أجنبي، بل وإن عِنْدَ رَبهِ، بأن ثبت إيداعه عنده ببينة أو إقرار منه. فإن أنكر ولا بينة فينبغي أن يكون القول لرب المال. وهذان الشرطان يرجعان لمسألة الإنفاق أيضاً. والأصل في هذه المسألة، أي: جعل القول قول العامل، أنّ سبب ورود النصّ بوجوب اليمين على المدّعى عليه لأنّه في الأغلب أقوى شبهة من المدّعى عليه[2].

ويكون القول لِرَب المال إنْ انْفَرَدَ في دعوى جزء الربح بالشَّبَهِ. وتقدم أنّهما إذا لم يشبها معاً ففيه قراض المثل.

وكذلك يكون القول رب المال في دعواه كون المال قَرْضاً أي: سلفاً عند العامل، وادعاء الآخر أنّه قِرَاض أو وَدِيعَة؛، فالقول لربه بيمين؛ لأنّ الأصل تصديق المالك في كيفية خروج ماله من يده؛ ولأنّ العامل يدّعي عدم ضمان ما وضع عليه يده، والأصل في وضع اليد على مال الغير الضمان. والحاصل أنّ القول قول من ادّعى القرض منهما.

وكذلك يكون القول لربّ المال إذا تنازعا في جُزْء من الربح قبل العَمَلِ الذي يحصل به اللزوم. فالقول لربه بلا يمين. لأنّ له فسخه عن نفسه مُطْلَقاً، أشبه أم لا.

وإذا تنازعا في أمر يقتضي صحّة العقد أو فساده، فالقول لمن ادعى ما يقتضي صحة العقد، إذ هو الأصل. وظاهره ولو غلب الفساد؛ لأنّ هذا الباب ليس من الأبواب التي يغلب فيها الفساد، وهذا هو المعوّل عليه. وقيل: إن غلب الفساد فالقول لمن ادعى الفساد: فإذا قال أحدهما: كان رأس المال عرضاً، أو: شرطنا ما يقلّ

---

(1) بداية المجتهد: 2/ 273.

(2) بداية المجتهد: 2/ 273.

وجوده، وقال الآخر: بل كان نقداً، أو: ما يكثر وجوده. فالقول له دون الآخر، وهكذا في جميع ما تقدم من الشروط، أي: فمن ادّعى أحدهما مسألة مستوفية للشروط، وادعى الآخر اختلال بعض الشروط، كان القول قول مدّعي الصحّة، إلّا لبيّنة من الآخر على دعواه.

موت العامل:

إن مات العامل قبل النضوض فلوارثه الأمين أن يكمله على حكم ما كان. ودليل ذلك:

أ ـ القياس على وراثة خيار العيب؛ لأنّ القراض عقد معاوضة أوجب حقّ العامل في القراض وإتمامه، فجاز أن ينتقل إليهم عن مورّثهم كخيار العيب، وليس لربّ المال إبطاله عليهم والاستبداد به دونهم[1].

ب ـ عمل أهل المدينة؛ فقد صدّر الإمام مالك المسألة بقوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا»[2].

فإن لم يكن الوارث أميناً أتى، أي: الوارث، بأمين كالأوّل، واشترط القاضي عبد الوهاب مع الأمانة البصر والمعرفة بالعمل[3].

فإن لم يأت سلمه لربه هدراً من غير ربح ولا أجرة، والدليل: عمل أهل المدينة، كما تقدم.

والفرق بين الوارث وبين العامل إذا شغل المال بسلع ليس له ترك المال حتّى يصيّره عيناً، أنّ العامل قد التزم ذلك، والوارث لم يلتزم وإنّما له ما ترك مورّثه من حقّ، وليس عليهم ما ترك من عمل ودين[4].

ومَنْ مَاتَ أو أسر أو فقد ومضت عليه مدّة التعمير، وعنده قِرَاضٌ أو وَدِيعَةٌ أو بضاعة، فإن وجد في تركته بعينه وثبت، فإنّه يؤخذ بعينه، فإن لم يوجد بعينه فإنّه يؤخذ مِن تركَتِهِ المثل أو القيمة؛ لاحتمال إنفاقه أو تلفه بتفريطه. فإن ادّعى وارثه أنّ الميّت قد ردّه أو تلف بسماوي أو بغير تفريط، فقال العوفي: قُبِلَ قوله، أي: فقد نزّله منزلة مورثه. وقال أبو علي: هذا خطأ ومجرد قول الوارث ما ذكر لا يقبل كما هو ظاهر القول. ومحلّ الخلاف إن ادعى أنّ مورثه ردّها، وأمّا لو ادعى الوارث أنّ الردّ منه، فلا يقبل اتفاقاً. وتقدّم في الوديعة زيادة بيان في ذلك، وأنّ المعوّل عليه قول العوفي على التفصيل الذي تقدّم هناك.

---

(1) المعونة: 2/ 1126، والمنتقى: 5/ 175.

(2) الموطأ في القراض، باب الدين في القراض. وانظر لدلالة قول الإمام: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(3) المعونة: 2/ 1126.

(4) المنتقى: 5/ 175.

ويتَعَيَّن القراض بوصِيَّةٍ من العامل قبل موته، بأن أفرزه، وقال: هذا قراض فلان، أو وديعة فلان.

وإذا أوصى العامل بالقراض، فإنّ ربّ المال يقدّم على الغُرَمَاءِ، أي: على ديونهم الثابتة في الصِّحَةِ والمَرَضِ، بإقرار أو بيّنة.

حكم الربح في المال غير القراض:

كلّ من أخذ مالاً للتنمية لربّه بغير قراض، كالوكيل على بيع شيء، ومبضع سلعة مع صاحب المال، فربح فلا ربح له بل لربّ المال. وذلك كأن يوكّله صاحب المال على بيع سلعة بعشرة فباعها بأكثر فالزائد لربّها لا للوكيل. وكأن يبضع معه عشرة ليشتري له بها طعاماً من محلّ كذا، فاشتراه بثمانية فالفاضل من الثمن لربّ المال لا للمشتري.

وكذا لو باع الوكيل السلعة بعشرة كما أمره، واتجر في العشرة حتى حصل فيها ربح؛ أو أنّ المبضع معه اشترى بالعشرة سلعة غير ما أمره بإبضاعها فربح فيها؛ فالربح لربّ المال فيهما، وليس للوكيل شيء، كما أنّه إذا حصل خسر فهو عليه وحده.

وهذه المسألة، أي: مسألة التعدّي بالتجر في الثمن الذي باع به وكذلك المبضع، هي ممّا اعترض فيها الشيخ الدسوقي على الشيخ الدردير في قوله: إنّ الربح فيها يكون للوكيل، فقد نقل الشيخ الدسوقي الاستظهار بأنّ الوكيل إذا تعدّى لا ربح له، سواء كان تعدّيه في بيعه بأكثر ممّا أمر ببيعه، أو كان تعدّيه بالتجر في الثمن الذي باع به، وكذلك المبضع معه لا ربح له مطلقاً سواء تعدّى بالتجر في المال الذي دفع له ليشتري به سلعة كذا، أو كان تعدّيه باشترائه بأقل مما أمر به فلا فرق[1].

وأمّا من أخذ مالاً لغير التنمية لصاحبه، كالمودَع ـ بفتح الدال ـ، والوصي، والغاصب، والسارق، إذا حرّكوا المال واتجروا فيه فربحوا، فالربح لهم كما أنّ الخسارة عليهم[2].

فالحاصل أنّ الأقسام ثلاثة:

الأوّل: الغاصب، والسارق، والمودع، والوصي، إذا حركوا المال فلهم الربح وعليهم الخسر؛ لأنّهم ضامنون لما بأيديهم. وقد تقدم الحديث عن ذلك في باب الغصب، فراجعه.

الثاني: الوكيل أو المبضع معه، إذا خالف فلا شيء له من الربح لتعدّيه على المال بتصرّفه فيه بغير ما أذن له فيه مالكه؛ وإن خسر فعليه خسره نظراً لما دخلا عليه ابتداء.

الثالث: عامل القراض إذا شارك أو باع بدين، فعليه الخسر لتعدّيه، والربح له مع

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 3/ 527.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 3/ 527.

ربّ المال نظراً لما دخلا عليه ابتداء. فإن قيل: لم لا يختص بالربح كما اختص بالخسر، والجواب: أنّه يتهم على قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض مقصده، ولأنّ استبداده به يحمله على التعدّي ليستقل بالربح.

وإذا قارض بلا إذن فالخسارة عليه والربح للعامل الثاني مع رب المال. وعلّة منعه من الربح أنّه متعدّ في تصرّفه[1].

ما يحرم على العامل في القراض:

ـ يحرم عليه أن يهب هِبَةً لغير ثواب، ولو لاستئلاف، وذلك إن كثر مقدار الهبة. وأمّا هبة الشيء القليل كدفع لقمة لسائل ونحوها فجائز. كما يجوز هبة الثواب؛ لأنّها بيع. والفرق بين الشريك في الشركة وعامل القراض، حيث جاز للأول هبة الكثير للاستئلاف، كما تقدّم في بابه، دون الثاني؛ أنّ العامل رجّح فيه أنّه أجير، والقول بأنّه شريك مرجوح، وحينئذ فالشريك أقوى من العامل.

ـ يحرم عليه تَوْلِيةٌ لسلعة من مال القراض، بأن يعطيها لغيره بمثل ما اشترى، إذا لم يخف رخصها، وإلا جاز.

ولا بأس أن يأتي بطعام للأكل مع غيره، ما لم يكن فيها زيادة لها بال لا تسمح بها النفوس عادة، وإلا منع وتحلل ربّ القراض. فإن لم يسامحه كافأه، بأن يعوّضه على قد ما أكله زيادة على حقّه.

والدليل على حرمة الهبة والتولية ومسألة الإتيان بالطعام للأكل مع الغير: عمل أهل المدينة. فقد نقل سحنون عن ابن القاسم أنّ الإمام مالك قال له بعد ذكر هذه المسألة: «وذلك الأمر المجتمع عليه عندنا»[2].

الزكاة في القراض:

يجوز اشتراط زكاة الربح في القراض على ربّ المال أو العامل. ولا يؤدّي اشتراط زكاة الربح على العامل إلى القراض بجزء مجهول؛ لأن جزء الزكاة معلوم، وهو ربع عشر الربح، فكأنّ ربّ المال قال للعامل: لك من الربح نصفه ـ مثلاً ـ إلّا ربع عشر الربح[3].

وأمّا رأس المال فزكاته على ربّه، ولا يجوز اشتراطه على العامل[4].

---

(1) منح الجليل: 7/ 350؛ وحاشية الدسوقي: 3/ 527.

(2) المدونة الكبرى: 4/ 50. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(3) المنتقى: 5/ 163.

(4) حاشية الدسوقي: 3/ 522، وانظر المنتقى: 5/ 163، والمقدمات: 3/ 8، وبداية المجتهد: 2/ 268.

وتقدّم في باب الزكاة شروط زكاة رأس مال القراض وربحه، وشروط زكاة نصيب العامل من ربح القراض، فراجعه[1].



(1) الفقه المالكي وأدلّته: 2/ 55.

المساقاة

تعريف المساقاة لغة:

المُسَاقَاةُ مأخوذة من سقي الثمرة لأنّ السقي معظم العمل في المساقاة، وهو يصلح ثمرة الحوائط وينميها؛ قال الله تعالى: ﴿وَفِي ٱلْأَرْضِ قِطَعٌ مُّتَجَٰوِرَٰتٌ وَجَنَّٰتٌ مِّنْ أَعْنَٰبٍ وَزَرْعٌ وَنَخِيلٌ صِنْوَانٌ وَغَيْرُ صِنْوَانٍ يُسْقَىٰ بِمَآءٍ وَٰحِدٍ وَنُفَضِّلُ بَعْضَهَا عَلَىٰ بَعْضٍ فِي ٱلْأُكُلِ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأَيَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ۝٤﴾ [الرعد: 4].

وصيغة المفاعلة شأنها أن تكون من اثنين، مثل المضاربة، تفيد المشاركة في الفعل، ومقتضاها أن يكون كلّ واحد يسقي لصاحبه وهي ليست كذلك، بل الذي يسقي أحدهما. فتحمل الصيغة إمّا على المفاعلة التي تكون في اللغة من واحد، نحو سافر؛ أو بملاحظة العقد فإنّه واقع منهما، فيكون من التعبير بالمتعلّق عن المتعلّق[1].

عرفاً:

عقد على القيام بمؤونة شجر أو نبات، بجزء من غلّته، بصيغة ساقيت أو عاملت فقط، ويستحقّ الثمار فيها بالظهور.

شرح التعريف ـ ويؤخذ منه أركان المساقاة الآتي ذكرها:

قوله: «عَقْدٌ» أي: من ربّ الحائط أو الزرع مع غيره.

قوله: «عَلَى القِيَام بمَؤُونَةِ» أي: خدمة.

قوله: «شَجَرٍ أو نَبَاتٍ» مثل مِقْثَاة أو غيرها كما يأتي بيانه، أي: على التزام خدمته من سقي وتنقية وتقليم وغير ذلك مما يأتي.

قوله: «بجزْءٍ مِنْ غَلَّتِهِ» لا مَكِيلة، ولا بجزء من غلة غيره.

قوله: «بصِيغَة سَاقَيْتُ أو عَامَلْتُ فقط» أي: عند سحنون. وقال ابن القاسم: لا تنعقد إلا بساقيت فَقَطْ، أي: بلفظ من تلك المادّة؛ لأنّها أصل في نفسها، فلا تنعقد بلفظ إجارة أو شركة أو بيع؛ لأنّ أحكامها مفترقة عن المساقاة[2]، فلا تنعقد المساقاة

---

(1) الذخيرة: 6/ 93.

(2) المقدمات: 2/ 552.

بلفظ إحداها؛ أي: لا تنعقد من البادئ منهما. ويكفي من الثاني أن يقول: قبلت أو رضيت ونحو ذلك من العقود اللازمة.

قوله: «يَسْتَحِقُّ» أي: العامل.

قوله: «الثَّمَارَ فِيهَا بالظهور» أي: ظهورها على الشجر أو الزرع. فيكون شريكاً بجزئه من حينه، لا قبله، ولا بالجذاذ، ولا بالطيب. وإذا وقع العقد وهي بارزة استحقه من حين العقد، فإذا طرأ دين على رب الحائط فلا يوفى فيه جزء العامل لأنه شريك له به.

وقوله: «يَسْتَحِقُّ الثّمَار فِيها بالظهور» يوهم أنّ العامل المساقى ـ بالفتح ـ لا حق له في البستان بعد العقد وقبل الظهور، وأنّه لو قام أصحاب الديون على صاحب البستان يأخذونه ويطردون العامل بغير شيء، وهذا ينافي لزومها بالعقد، وخلاف المنصوص عليه في المذهب.

حكم المساقاة:

المساقاة جائزة. ودليل الجواز[1]:

أ ـ معاملة النبي ﷺ أهل خيبر؛ فعن النبي ﷺ أنّه قال ليهود خيبر يوم الفتح: «أقرّكم فيها ما أقرّكم الله ﷻ، على أنّ الثمر بيننا وبينكم»، قال: فكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم، ثم يقول: إن شئتم فلكم، وإن شئتم فلي. فكانوا يأخذونه[2].

وعن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها[3]. وعن عبد الله قال: أعطى رسول الله ﷺ خيبر اليهود، أن يعملوها، ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها[4].

ووجه الاستدلال أنّ قوله ﷺ: «أقرّكم فيما أقرّكم الله ﷻ، على أنّ الثمر بيننا وبينكم» يقتضي أنّ نخل خيبر صارت لرسول الله ﷺ وللمسلمين بعد الفتح، وأنّ رسول الله ﷺ ترك لهم العمل فيها، وجعل لهم بعملهم بعض الثمرة، وأنّ ذلك كان مساقاة لهم، ولعلّه كان بعد وصف العمل والاتفاق منه على شيء معلوم بعبارة أو غيرها. وقد صرّح بذلك الحديث المتقدم عن ابن عمر.

فكان هذا من فعله ﷺ مخصّصاً لما نهى عنه من بيع الغرر، ومن بيع الثمار قبل

---

(1) المعونة: 2/ 1131، والمنتقى: 5/ 118، والمقدمات: 2/ 547 ـ 548، 552، والمعلم: 2/ 275، والمفهم: 5/ 2757، وبداية المجتهد: 2/ 274، وبلغة السالك: 2/ 256.

(2) أخرجه مالك في المساقاة، باب ما جاء في المساقاة.

(3) البخاري في الحرث والمزارعة؛ ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة.

(4) أخرجه البخاري في الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما؛ ومسلم في المساقاة.

أن يبدو صلاحها، ومن الاستئجار بأجر مجهول؛ لأنّ ذلك عموم ومساقاته ليهود خيبر في النخل خصوص، والخاص يحمل على التفسير العام والتخصيص له، والبيان للمراد منه.

ب ـ أنّ ذلك فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما[1]، فقد أقرّهم أبو بكر على ذلك، ثمّ عمر بن الخطاب إلى أن أجلاهم إلى الشام. ثمّ عمل بها عثمان رضي الله عنه بعده، ولا مخالف من السلف لهم فيها. وفي إقرار أبي بكر وعمر رضي الله عنهما يهود خيبر على مساقاتهم التي ساقاهم عليها النبي ﷺ وفي عمل الخلفاء بعدهما بها، بيان واضح على أنّ المساقاة حكم من رسول الله ﷺ محكم غير منسوخ.

ج ـ قياس الأولى على القراض؛ لأنّ الأصول مال لا ينمو بنفسه ولا تجوز إجارته، وإنّما ينمى بالعمل عليه، فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه، أصله القراض. ووجه كونه أولى بالجواز، أنّ الغرر والخطر في القراض أكثر؛ لأنّه قد يكون في المال ربح وقد لا يكون فيه ربح، وجواز أحد الأمرين كجواز الأخر، ليس أحدهما أغلب من صاحبه؛ والنخل قد أجرى الله العادة بأن تحمل كلّ سنة، فلا بدّ أن يكون للنخل ثمرة في الغالب من الأحوال، وهذا بيّن. وإنّما قالوا في هذا القياس: ولا تجوز إجارته، تحرّزاً من أن يلزمهم عليه كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها.

د ـ الضرورة الداعية لذلك؛ لأنّه لا يمكن للناس عمل حوائطهم بأيديهم، ولا بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها للاستئجار من ثمنها على ذلك العمل والبيع، إذ لم يكن لهم مال. فلهذه العلة رخّص في المساقاة.

وهي أصل في نفسها وعقد على حياله[2]. وقد استثناها الشرع من أصول ستة كلّ واحد منها يدلّ على المنع، وهي:

الأوّل: الإجارة بالمجهول؛ لأنّ نصف الثمرة ـ مثلاً ـ الذي يأخذه العامل، مجهول.

الثاني: كراء الأرض بما يخرج منها، فيما إذا جعل للعامل جزء من البياض والبذر عليه.

الثالث: بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها بل قبل وجودها.

الرابع: الغرر؛ لأنّ العامل لا يدري أتسلم الثمرة أم لا؛ لأنّها إن أجيحت ذهب عمله باطلاً مع انتفاع ربّ الأصول بعمله. وعلى تقدير سلامتها لا يدري كيف يكون مقدارها.

---

(1) فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب الرخصة في المزارعة.

(2) المقدمات: 2/ 552.

الخامس: بيع الطعام بالطعام نسيئة، إذا كان العامل يغرم طعام الدواب والأجراء؛ لأنّه يأخذ عن ذلك الطعام طعاماً بعد مدّة.

السادس: الدين بالدين؛ لأنّ المنافع والثمار كلاهما غير مقبوض.

وذهب من خالف المذهب المالكي في جواز المساقاة إلى أنّ فعل رسول الله ﷺ مع يهود خيبر منسوخ بنهيه ﷺ عن المخابرة، وقالوا: هو مشتقّ من خيبر، ومعناه النهي عن العمل الذي فعل بخيبر. وذلك غير صحيح؛ لأنّ عقود المعاوضات لا يشتقّ لها الأسماء من أماكنها، بخلاف قول العرب: أتهم، وأنجد؛ لأنّا قد عرفنا من لغة العرب اسم الفاعل من النزول بالمكان، وعقود المعاوضات بخلاف ذلك؛ ولأنّ العرب كانت تعرف المخابرة قبل الإسلام، وهو عندهم اسم لكراء الأرض ببعض ما يخرج منها[1]؛ ولأنّ الصحابة قد عملوا بالمساقاة بعده، فبطل ما ادّعوه بكلّ وجه. وعلّلوا أيضاً حديث المساقاة بأن قالوا: إنّ أهل خيبر كانوا عبيداً للنّبيّ ﷺ وللمسلمين؛ لأنّ الله تعالى أفاء عليهم خيبر وأهلها، فلذلك جازت المساقاة بينه وبينهم على جزء من الثمرة. وأجاب فقهاء المذهب عن ذلك بأجوبة: منها أنّ عبد الله بن رواحة كان يخرص عليهم، ثم يقول: «إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي»[2] أي: إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم؛ وعلى قول المخالف، فلو كانوا عبيداً لرسول الله وللمسلمين فلا يصحّ ضمان السيد من عبده؛ لأنّ العبد لا يملك عندهم فماله لسيده، على أنّ بيع الثمرة في رؤوس النخل بخرصها إلى الجداد من المزابنة التي لا تجوز إلّا فيما خصّصته السنّة من بيع العرايا في خمسة أوسق أو فيما دون خمسة أوسق، لذلك فإنّ تخييرهم في التزامهم الثمرة في رؤوس النخل بما خرصت به عليهم من الثمر عند الجداد مضموناً عليهم فهو من المزابنة، ولا يكون إلّا منسوخاً بتحريم الربا؛ ومنها أنّ قولهم: خفّف عنّا وتجاوز في القسم[3] يدلّ على أنّ الخرص إنّما كان في القسمة بين المسلمين واليهود؛ لأنّ اليهود كانوا شركاء للمسلمين في ثمر النخل بعملهم.

وأمّا حكم المساقاة فمحكم غير منسوخ بدليل إقرار أبي بكر وعمر رضي الله عنهما اليهود

---

(1) انظر باب الإجارة.

(2) أخرجه مالك في المساقاة، باب ما جاء في المساقاة.

(3) عن مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة إلى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر، قال: فجمعوا له حلياً من حلي نسائهم، فقالوا له: هذا لك، وخفف عنا وتجاوز في القسم. فقال عبد الله بن رواحة: يا معشر اليهود، والله إنكم لمن أبغض خلق الله إلي، وما ذاك بحاملي على أن أحيف عليكم، فأما ما عرضتم من الرشوة فإنها سحت، وإنا لا نأكلها، فقالوا: بهذا قامت السماوات والأرض. (أخرجه مالك في المساقاة، باب ما جاء في المساقاة).

على المساقاة التي ساقاهم عليها النبي ﷺ[1].

لزوم عقد المساقاة:

عقد المساقاة من العقود اللازمة للطرفين بالعقد، فليس لأحدهما فسخها بعد العقد وقبل العمل دون الآخر، ما لم يتراضيا عليه، هذا هو المذهب. فهي ليست كالقراض، بل هي كالإجارة. وقيل: لا تلزم المساقاة إلّا بالعمل، كالقراض. وأصحاب هذا القول علّلوه بأنّه متى كان العوضان أو أحدهما مجهولاً فالعقد غير لازم، كالقراض والجعالة والمزارعة على أحد الأقوال؛ لأنّ اللزوم مع الجهالة غرر[2].

فإذا كان العامل لصّاً أو ظالماً لم يفسخ العقد لذلك، ولكن يتحفّظ منه. وهذا لأنّ عقد المساقاة قد لزم كما تقدّم؛ وكون العامل سارقاً فسق لم يوجب فسخ العقد، كما لو فسق بغير السرقة؛ ولأنّ ذلك لا يوجب تعذّر السقي ولا يمنع القيام على الثمرة، وإنّما يقتضي ضرراً لا يمنع استيفاء المنافع المطلوبة[3].

أركان المساقاة:

يشير التعريف إلى أركان عقد المساقاة، وهي أربعة:

الأول: متعلق العقد، أي: المعقود عليه، وهو الأشجار وسائر الأصول المشتملة على الشروط الآتي بيانها.

الثاني: الجزء المشترط للعامل من الثمرة.

الثالث: العمل.

الرابع: ما ينعقد به العقد، وهو الصيغة.

مساقاة النصراني:

مساقاة النصراني جائزة إذا كان هو العامل. فإن كان المسلم هو العامل فيكره؛ لأنّ فيه إذلالاً للمسلم باستخدام النصراني له[4].

شروط صحّة المعقود عليه:

تكون المساقاة في كلّ ما يثمر من شجر أو زرع أو نبات. والدليل على ذلك، وأنّها غير مقصورة على الكرم والنخل[5]:

---

(1) المقدمات: 2/ 549، والمعلم: 2/ 275، وبداية المجتهد: 2/ 275.

(2) إكمال الإكمال: 5/ 402.

(3) الإشراف: 2/ 649.

(4) المعونة: 2/ 1138.

(5) الإشراف: 2/ 648، والمعونة: 2/ 1132، والمنتقى: 5/ 128، والمعلم: 2/ 276، والمفهم: 5/ 2759، وبداية المجتهد: 2/ 275.

أ ـ عن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع[1]. ووجه الاستدلال أنّ الراوي نصّ على الزرع. ونصّ في رواية أخرى على النخل، فعن عبد الله بن عمر عن رسول الله ﷺ أنه دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها، على أن يعتملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها[2].

ب ـ قياس الشجر على النخل والكرم بعلّة أنّها ذات أصول مثمرة؛ لأنّ هذا شجر مثمر له أصل ثابت، فجازت المساقاة فيه كالنخل والكرم. قال الإمام المازري: لا مانع من القياس إذا عقل المعنى. قال ابن رشد الحفيد: قد يقاس على الرخص عند قوم، إذا فهم هنالك أسباب أعمّ من الأشياء التي علقت الرخص بالنصّ بها.

ج ـ أنّ المعنى الذي له جازت المساقاة في النخل والكرم، أنّ المالك قد يعجز عن تعهّدها والقيام عليها بالسقي والتنقية، فجازت المساقاة عليها لهذه الضرورة، وهذا موجود في سائر الأصول.

وتجوز المساقاة ولو في البعل، وهو الذي يشرب من أصله من غير سقي؛ وكذلك في كلّ ما يسقى على اختلاف أنواع السقي. ووجه الجواز أنّ ذلك محتاج إلى خدمة وتعهّد وإبّار وقطع جريد وغير ذلك[3].

ويشترط لصحّة المعْقُودِ عَلَيْهِ من شجر أو زرع ما يلي:

1 ـ ألّا يُخْلِفَ. فإن كان يخلف كالموز ممّا يخلف قبل قطع البطن الأول ولا ينتهي لأجل معلوم؛ لأن الذي لم ينته منه يناله من سقي العامل، فكأنه شرط زيادة عليه. وكالبقل، والقَضْب[4] ـ بسكون الضاد المعجمة ـ، والقُرْط[5] ـ بضم القاف ـ، والريحان، والكراث؛ فلا تصح فيه مساقاة إلا تبعاً لغيرها. وإذا دخل تبعاً كان لهما، ولا يجوز إبقاؤه للعامل ولا لربّ الحائط؛ لأنّه زيادة إمّا على ربّ البستان أو على العامل يناله بسقيه مشقّة. والفرق بينه وبين البياض ورود السنّة في البياض.

2 ـ ألا يَبْدُو صَلَاحُ ثمر ذلك الشجر. فلَا يصحّ مساقاة مَا حَلَّ بَيْعُهُ ببدو صلاحه. فإن بدا صلاحه ـ وهو في كلّ شيء بحسبه[6] ـ لم تصحّ مساقاته، لانتهائه واستغنائه إلا تبعاً. خلافا لسحنون فإنّه أجاز المساقاة بعد بدوّ الصلاح على حكم

(1) أخرجه البخاري في المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه؛ ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

(2) أخرجه مسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

(3) المعونة: 2/ 1136.

(4) نبت معلوم يشبه البرسيم.

(5) نوع من المرعى.

(6) أي: ففي البلح باحمراره أو اصفراره، وفي غيره بظهور الحلاوة فيه ومثله البلح الخضراوي.

الإجارة، بناء على مذهبه من انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة. ودليله[1]: أنّ الضرورة إلى سقيها وتعهّدها باقية، لحاجتها إلى بقائها في أصولها، فكانت كالتي لم يبدو صلاحها. وأورد ابن رشد الحفيد هذا الدليل بصيغة قياس الأولى، فقال: وحجّة من أجازها أنّه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدوّ الصلاح أجوز[2].

وإنّما منعت على المذهب المشهور الذي هو مذهب ابن القاسم؛ لأنّ فيه منفعة لربّ البستان، وهو سقوط الجائحة عنه؛ لأنّ الثمرة إذا أجيحت في المساقاة لم يكن له بالجائحة شيء، وكان له الخيار بين التمادي أو الخروج؛ بخلاف الإجارة فإنّ للأجير أن يرجع فيما إذا أجيحت الثمرة بإجارة مثله فيما عمل. ودليل القول المشهور[3]: ـ أنّ ما حلّ بيعه من الثمر ارتفعت عنه الضرورة التي من أجلها جازت المساقاة، وهي خوف هلاكه، ولذلك جاز بيعها والإجارة عليها. أي: فإنّها إجارة إن وقعت[4].

وهذا الشرط يفهم منه جواز المساقاة بعد ظهور الثمرة وقبل بدوّ صلاحها. والدليل[5]:

أ ـ قياس الأولى؛ لأنّ المساقاة إذا جازت قبل وجود الثمرة مع كثرة الخطر، كان جوازها بعد الوجود مع قلّة الخطر أولى.

ب ـ أنّ المساقاة إنّما تجوز لحاجة الثمرة إلى السقي والخدمة، وضرورة المالك إلى استنابة غيره، وهذا يستوي فيه حال عدم الثمرة وحال ووجودها.

ج ـ أنّ المساقاة عقد مستثنى من الإجارة المجهولة للحاجة إلى ذلك، والرفق الحاصل لربّ المال، إذ ليس كلّ من له مال يحسن القيام عليه والعمل فيه. ثمّ من الناس من يحسن العمل ولا مال له، فاقتضت حكمة الشرع أن يرفق بكلّ من له مال ومن له العمل على ما تيسّر غالباً. ولمّا ظهر للإمام مالك ﷺ ذلك طرد المعنى وحيث دعت الحاجة إليه أعملها. وعلى هذا فتجوز المساقاة في النخل بعد الطيب، وفي الزرع إذا عجز عنه أهله، كما جاز القراض وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه.

3 ـ كَوْنِ الشَّجَرِ المساقى عليه شأنه الإثمار، ويثمر في عام المساقاة، لا إن كان لا ثمر له أصلاً كالأثل[6] والطرفاء[7]، فلا تصح المساقاة عليه تبعاً.

---

(1) المعونة: 2/ 1137. (2) بداية المجتهد: 2/ 279.
(3) المعونة: 2/ 1137، والمنتقى: 5/ 130. (4) بداية المجتهد: 2/ 279.
(5) الإشراف: 2/ 648، والمعونة: 2/ 1137، والمفهم: 5/ 2758.
(6) الأثل شجر من الفصيلة الطرفاوية طويل مستقيم يعمّر، جيّد الخشب، كثير الأغصان متعقّدها، دقيق الورق.
(7) جنس من النبات منه أشجار من الفصيلة الطرفاوية، ومنه الأثل.

4 ـ كونه لم يبلغ حد الإثمار في عامه لصغره كالوَدِيّ[1]، فلا تصح المساقاة عليه تبعاً.

شروط صحّة مساقاة الزرع ونحوه ـ خاصّة ـ:

يشترط لصحّة مساقاة الزَّرْعِ والقَصَب الحلو ـ بفتح الصاد المهملة ـ والبَصَلِ والمِقْثأةِ ـ بكسر الميم وسكون القاف ـ ومنها الباذنجان والقرع، زيادة على ما تقدم، ثلاثة شروط:

الأول: عَجْزُ رَبّهِ عن القيام به. ومن العجز اشتغاله عنه بالسفر. ودليل هذا الشرط[2]: ـ أنّ الشجر يلزم فيه دوام العمل أبداً وإلّا تلف، فلهذه العلّة شرعت المساقاة فيه لهذه الضرورة؛ وأمّا في الزرع فهذه العلّة منعدمة؛ لأنّ العمل فيه يدوم مدّة يسيرة، وليس فيه تعب ولا تكلّف عمل ولا لزوم الأرض، لذلك لم تجز المساقاة فيه لهذا المعنى، وإنّما جازت فيه لمعنى آخر وهو ضرورة عجز صاحبه عنه؛ فضرورة طول العمل في الشجر يقابله ضرورة العجز في الزرع. وفي كلا الحالين الضرورة هي خوف الهلاك.

الثاني: خَوْفُ هَلاكِهِ، لو لم يقم بشأنه من سقي وعمل.

الثالث: بُرُوزُهُ من أرضه ليشابه الشجر. ووجه اشتراط هذا الشرط أنّ البروز يجعل الزرع كالأصل المرتجى ثمرته، فيخرجه عن حال المنع وهي كونه مغيّباً في الأرض[3].

وإن قيل: لا معنى لاشتراط هذا الشرط، إذ لا يسمّى زرعاً أو قصباً أو بصلاً مثلاً إلّا بذلك، وقبله لا يسمّى بهذا الاسم حقيقة، والجواب أنّ هذا الاسم يطلق على البذر مجازاً باعتبار ما يؤول إليه، فاشتراط الشرط المذكور لدفع توهّم أنّ المراد بالزرع وما معه ما يشمل البذر.

وأما إذا شرط ألا يبدو صلاحه وألا يكون مما لا يخلف احترازاً عن نحو القضب ـ بالضاد المعجمة ـ والقرط، فمعلوم مما تقدم فلا حاجة لزيادتهما هنا.

ما يدخل في المساقاة تبعاً مع الزرع:

وإذا وجدت هذه الشروط، وجازت المساقاة على الزرع ونحوه، باستيفاء الشروط وانتفاء الموانع، وكان في الأرض شجر قليل متفرق دَخَلَ في المساقاة ذلك الشَجَر تبعاً للزَرْع إذا كانت قيمته قدر ثلث قيمة الزرع فأقل. فيدخل الشجر لزوماً على الجزء

---

(1) صغار النخل.

(2) المنتقى: 5/ 128.

(3) المعونة: 2/ 1132.

المشترط في الزرع. ولا يجوز إلغاؤه للعامل أو لربه، وعكسه كذلك: أي: يدخل لزوماً، ولا يجوز إلغاؤه لواحد منهما، زرع تبع لشجر.

شروط الصحّة في الجزء المساقى به:

يشترط للجُزْءِ المساقى به أمران:

1 ـ أن يكون شائعاً في ثمر الحائط؛ فلا يصح بشجر معيّن ولا بكيل، كقوله: ساقيتك على العمل في هذا الحائط بثلث ثمر هذه النخلة أو هذه النخلات. فإن يكن شائعاً فسدت المساقاة.

2 ـ أن يعلم نسبته بجميع الحائط؛ كربع أو ثلث، أو أقل أو أكثر. فإن لم يعلم كما لو قال: لك من الثمر جزء أو بعض فَسَدَتْ المساقاة. والدليل اشتراط العلم بالجزء المساقى به[1]:

أ ـ قوله ﷺ في الحديث المتقدم: «على أنّ الثمر بيننا وبينكم». ووجه الاستدلال أنّ هذا اللفظ ظاهره المساواة، ولعلّه قد تبيّن ذلك لهم، فنقله الراوي على هذا اللفظ.

ب ـ قوله ﷺ في الحديث المتقدم: «بشطر ما يخرج منها». ولفظ الشطر نصّ في الدلالة على ذلك.

ج ـ قال ابن عمر: أعطى النبي ﷺ خيبر بالشطر، فكان ذلك على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر[2].

3 ـ أن لا يكون الجزء المأخوذ من أصناف متعددة مختلفاً بين صنف وآخر؛ فلو كان في الحائط أصناف من الثمر، وشرط عليه أن يأخذ من صنف منها النصف ومن صنف آخر الثلث لم يجز. والدليل على هذا الشرط[3]:

ـ أنّ رسول الله ﷺ ساقى أهل خيبر على النصف، كما تقدم في الروايات، وفي خيبر الجيّد والرديء. ولا يجوز خلاف ذلك لأنّ المساقاة عقد خارج عن الأصول، ولا يجوز أن يتعدّى قدر ما ورد الشرع به.

وفي انخرام شرط من هذه الشروط مساقاة المثل.

الشروط المفسدة للمساقاة:

1 ـ شَرْط نَقْص مَا في الحَائِطِ مِنْ نَحْوِ دَوَابٍّ. أي: إخراج ما فيه، كبقر وإبل مما يحتاج الحال إليها، والأجراء والآلة الموجودة يوم العقد. فإن شرط نقص شيء من

(1) المنتقى: 5/ 119.

(2) أخرجه البخاري في الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما.

(3) المعونة: 2/ 1134، والمنتقى: 5/ 119.

ذلك فسدت؛ لأنه يصير كزيادة شرطها على العامل، إلا أن يكون قد أخرجها قبل عقدها ولو قصد المساقاة فلا يضر.

فإن حصل هذا الشرط وتمّ العمل عليه كان للعامل مساقاة المثل. وأما وقوع ذلك من غير شرط لا يضرّ كما تقدم الإشارة إليه.

2 ـ شرط تِجْدِيدٍ لشيء في الحائط، لم يكن موجوداً وقت العقد، على العامل أو ربّ الحائط مما تقدم فتفسد.

3 ـ شرط زِيَادَةِ شَيْءٍ خارج عن الحائط لأحَدِهِمَا يَخْتص بِهِ عَنْ صَاحِبِه، كأن يعمل له عملاً في حائط أخرى، أو يخيط له ثوباً، أو يبني له بيتاً، أو يزيده عيناً، أو عرضاً، أو منفعة كسكنى أو ركوب أو نحو ذلك. ووجه منع هذا الشرط أنّ أمر المساقاة ـ كالقراض ـ ضيّق، لا يحتملان الشروط لخروجهما عن الأصول، أي: لكونهما رخصة، فيجب الاقتصار فيهما على ما ورد به الشرع؛ والذي جوّزه الشرع منه ما كان متعلّقاً بإصلاح الثمرة، وما زاد على ذلك كان ممنوعاً بالأصل؛ لأنّه إجارة مجهولة وبيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها[1]. وبيان ذلك أنّ المساقاة إذا وقعت ـ مثلاً ـ على شرط من العامل أن يزيده ربّ الحائط شيئاً مما تقدّم، يكون قد استأجره ربّ الحائط على عمل حائطه بما أعطاه ممّا اشترطه، وبجزء من ثمره؛ فوجب أن يردّ إلى إجارة مثله؛ ولأنّه إذا وقعت المساقاة على أن يزيد العامل ربّ الحائط شيئاً يكون العامل قد اشترى منه الثمرة التي سيأخذها بعد انتهاء المدّة بما أعطاه من الزيادة المشترطة، وبعمله في الحائط، وفي ذلك بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فوجب أن يردّ إلى إجارة مثله[2].

4 ـ شرط عَمَلِ شَيْءٍ من العامل يَبْقَى في الحائط بَعْدَ انْقِضَاء المساقاة، كَحَفْرِ بِئْرٍ، أو إنشاء شَجَرٍ، أو بناء جدار بها، أو تسوية أرض. ووجه الفساد باشتراط هذه الأمور ما يلي[3]:

أ ـ أنّها زيادة على العامل ينفرد بها ربّ المال، ويخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالإجارة المجهولة، والمساقاة عقد خارج عن الأصول فلا يجوز منه إلّا ما قد جوّزه الشرع.

ب ـ أنّها زيادة يقع لها حصّة من الثمن، والمساقي لو استأجر العامل عليها على انفرادها بجزء من الثمرة لم يجز؛ لأنّه بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها، فكذلك إذا اشترطها عليه في المساقاة؛ لأنّ العوض قد حصل عليه في الموضعين.

(1) المعونة: 2/ 1138، والمقدمات: 2/ 555.

(2) المقدمات: 5/ 557.

(3) المعونة: 2/ 1133، والمقدمات: 2/ 555.

فإذا لم يشترط شيئاً من ذلك فلا يضر وفعله من المعروف.

ما يجب على العامل عمله:

يجب عَلَى العَامِلِ عمل جَمِيع مَا يَفْتَقِرُ الحائط إليه عُرْفاً كإبّارٍ، وهو تعليق طلع الذكر على الأنثى من النخل؛ وتَنْقِيَة حياض الشجر؛ وتقليم للنخل؛ وإزالة ما يضر بالشجر من نبات وغيره.

ويجب عليه إقامة الدَوَابّ والأحبال والأُجَرَاء والدلاء والمساحي، إذا لم يكن في الأرض ذلك.

ويجب عليه ـ عدا الحيوان ـ أن يبدل مَا رَثَّ من ذلك إذا كان فيها. أمّا الحيوان، إذا كَانَ في الحائط أوّلاً قبل العقد، إذا مَا مَاتَ أَوْ مَرِضَ فليس عليه بدله وَلَا أُجْرَتُهُ، بَلْ ذلك عَلى رَبّ الحائط. بخلاف ما رثّ من الدلاء والحبال ونحوها كالقواديس والمساحي وسائر الآلات كما تقدم.

والفرق بين الحيوانات ليس على العامل تجديدها إذا هلكت، والآلات عليه تجديدها إذا رثّت؛ أنّ العامل إنّما دخل على الانتفاع بالآلات حتى تهلك أعيانها، وتجديد ذلك معلوم بالعادة، والشأن في تجديدها الخفّة.

وأمّا إجراء النفقة على نفسه وعلى من في الحائط، من دواب وأجراء وكِسْوَتِهِمْ فعلى العامل، كانوا لربّ الحائط أو للعامل.

ودليل وجوب أن يكون إقامة الدَوَابّ والأحبال والأُجَرَاء والدلاء والمساحي ونحو ذلك على العامل، وأن تكون النفقة والمؤنة عليه لا على ربّ الحائط[1]:

أ ـ أنّ النّبي ﷺ لم يلتزم لأهل خيبر مؤنة ولا غيرها، بل أنفقوا من أموالهم كما جاء في حديث ابن عمر المتقدّم قوله: «على أن يعتملوها من أموالهم».

ب ـ أنّ ذلك ممّا يتوقف عليها عمل العامل، ويتوقف عليها نماء الثمرة ويصل بها إلى صلاحها، وهو ممّا يختصّ به؛ وأنّه لو كان ذلك على ربّ الحائط لكان العامل أجيراً، وذلك لا يجوز لأنّه لا يدرى كم إجارته، والإجارة لا تصحّ إلّا بالأجرة المعلومة المقدّرة؛ والمساقاة إنما تنعقد بجزء من الثمرة مذكور وهو قدر مجهول، ولا يجوز أن تنعقد على أوسق مقدّرة؛ فما أفسد الإجارة من ذلك صحّح المساقاة، وما صحّح المساقاة أفسد الإجارة.

ج ـ أنّه لو كان ذلك على ربّ الحائط لكانت زيادة يزدادها العامل على ربّ الحائط.

ويكون الجذاذ على العامل، والدليل: القياس على الإبار والسقي؛ لأنّه من

---

(1) المعونة: 2/ 1133، والمنتقى: 5/ 125، والمفهم: 5/ 2746.

مصالح الثمرة وخدمتها، لا يبقى له أثر بعدها، فكان ذلك عليه كالإبار والسقي[1].

ما يجوز من الشروط بين العامل ورب الحائط:

- يجوز شَرْطُ مَا قَلَّ من العمل على العامل؛ كإِصْلَاحِ جِدَارٍ بالحائط، بخلاف اشتراط بنائه من أصله فإنه من زيادة العمل الذي له بال؛ وَكَنْسِ عَيْنٍ أو بئر للحائط؛ وَشَدِّ حظِيرَةٍ[2]؛ وإِصْلَاحِ ضفِيرةٍ[3]. فإن لم تشترط هذه الأربعة على العامل فعلى ربها إلا لعادة؛ فالعادة كالشرط.

- يجوز المُسَاقَاةُ شهوراً. كما يجوز مساقاة سِنِينَ في عقد ولو كثرت، مَا لَمْ تَكْثُرْ جِدّاً. فإن كثرت جداً لم تجز بقيدين:

الأول: أن تكثر جدّاً بلا حدّ. والمدار السنين التي لا تتغير فيها الأصول عادة. وذلك يختلف باختلاف الأصول، وأمكنتها، وقدمها، وجدّتها.

الثاني: ما لَمْ يَخْتَلِف الجُزْءُ في السنين، فإن اختلف بأن كان في سنة يخالف غيره في أخرى لم يجز.

وعلى هذا فلا يجوز المساقاة إلى أجل مجهول. والدليل[4]:

أ ـ القياس على الإجارة، لما يدخل في ذلك من الغرر.

ب ـ الإجماع على منع الإجارة المجهولة فيما من شأنه أن يعرف العمل فيه بالزمان، والمساقاة من باب الإجارة، لكن اغتفرت فيها حالة جهالة مقدار ما يحصل من الأجرة.

وليس في قول النّبيّ ﷺ: «أقرّكم فيما أقرّكم الله ﷻ، على أنّ الثمر بيننا وبينكم»، دليل على جواز المساقاة إلى أجل مجهول، لأنّ قوله ذلك إنّما كان وعداً منه لهم في أن يقرّهم في المساقاة على شروطها، ما أقرّهم الله ﷻ، لأنّ الله تعالى لم يأمره بإجلائهم عنها وترك معاملتهم فيها، وكان يرجو ذلك من الله تعالى وينتظر قضاءه فيهم، فلم يأذن له فيه إلّا في مرضه الذي توفّي منه ﷺ، فأوصى بذلك وأجلاهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه. فما ساقاهم النّبيّ ﷺ مدّة مجهولة أو مدى أعمارهم، وإنّما قال ذلك لهم بعد عقد المساقاة، وهو ﷺ يعلم أنّ إجلاءهم قريب، وهذا أدلّ دليل وأوضحه على أنّ ذلك خصوص له في كونه عقد معهم عقد المساقاة على أجل يعلمه أنّه قريب

(1) الإشراف: 2/ 649.

(2) الحظيرة: من الحظر وهو المنع. والمراد بها الأعواد ذات الشوك غالباً تجعل فوق الحائط لمنع من يتسوّر عليه. ومعنى شدّها: ربطها إذا وهت أو وقع منها شيء.

(3) الضفيرة: مجمع الماء الذي يرسل على الأشجار.

(4) بداية المجتهد: 2/ 279، والمفهم: 5/ 2765.

دون تحديد، وليس كذلك غيره ﷺ[1].

- يجوز مساقاة العامل على حوائط متعددة في عقد واحد إن اتفق الجزء. وإلا لم يجز. والدليل: أنّ النّبيّ ﷺ ساقى يهود خيبر على حوائطهم بجزء متفق وهو الشطر[2]. ولا يجوز إذا اختلف الجزء؛ لأنّ المساقاة عقد خارج عن الأصول، ولا يجوز أن يتعدّى قدر ما ورد الشرع به. وعلّة المنع من اختلاف الجزء في الحوائط المتعدّدة، أنّ فيه ردّ فضل في أحد الحائطين لفضل أو نقص في الحائط الآخر[3].

وأما في عقود فيجوز مع اختلافه واتحاده. ثم إن المساقاة إن وقعت في سنة أو أكثر فلا بد من توقيتها بوقت ينتهي به الجذاذ، سواء وقع بلفظ الجذاذ أو بشهر يكون فيه الجذاذ. ولا يجوز إن توقّت بزمان يزيد على الجذاذ عادة، لما فيه من الزيادة على العامل، وهو يقتضي الفساد.

فإنْ لَمْ تُوَقَّتْ بوقت فيكون انتهاء المساقاة الجذاذ. فإذا كانت الأنواع لا تختلف كالنخل والرمان فظاهر. وإذا كانت تختلف وتتميز البطن الأولى عن الثانية حُمِلَتْ عَلى أوَّلِ بَطْنٍ، إلا أن يشترط دخول الثانية. فإذا كانت بطونه لا تتميز كالنبق والجميز والتوت حملت على آخر بطن.

- يجوز إدْخَالُ بَيَاضِ شَجَر أو بياض زَرعٍ في عقد المساقاة.

والبياض: الأرض الخالية من الشجر أو الزرع. سمّي بياضاً لأنّ أرضه مشرقة بالنهار بضوء الشمس، وبالليل بضوء الكواكب، فإذا استترت بالزرع أو الشجر سميت سواداً. والأصل أنّه لا يجوز المساقاة على الأرض البيضاء، لأنّ ذلك من كراء الأرض ببعض ما يخرج منها[4]. وسيأتي الاستدلال على ذلك في باب الإجارة.

والكلام هنا في هذه المسألة في أرض عقد على مساقاة الشجر أو الزرع الذي فيها، ما حكم البياض الذي بتلك الأرض؟.

فيجوز إدخال بياض الشجر أو بياض الزرع الذي تجوز فيه المساقاة في مساقاة ما ذكر، ويشترط لذلك ثلاثة شروط:

الأول: إن وَافَقَ الجُزْءُ في البياض الجزء في الشجر أو الزرع، فإن اختلفا لم يجز، وفسدت المساقاة.

الثاني: إن بذره العامل من عنده. فإن دخلا على أنّ بذره على ربّه لم يجز وفسدت؛ لأنّ شرط المساقاة أنّ العمل والمنفعة على العامل لا يجوز أن يكون

---

(1) المقدمات: 2/ 552، والجامع لأحكام القرآن: 1/ 264.

(2) بداية المجتهد: 2/ 278.

(3) المعونة: 2/ 1133.

(4) المنتقى: 5/ 132، والمفهم: 5/ 2758.

شيء من ذلك على صاحب الأرض، والبذر من ذلك فلا يجوز أن يكون شيء منه عليه[1].

الثالث: إن قَلَّ البياض. أي: كان قليلاً بالنسبة للشجر أو الزرع، كَثُلُثٍ فدون، أي: بأن تكون أجرته بالنسبة لقيمة الثمرة الثلث فأقل، بَعْدَ إِسْقَاطِ كُلْفَةِ الثَّمَرةِ، كما لو كان كراؤه مفرداً مائة، وقيمة الثمرة بعد إسقاط ما ينفق عليها مائتان، فيعلم أنّ كراءه ثلث. ودليل التفريق بين القليل والكثير: الاستحسان[2]. ووجه الاستحسان أنّ ما دون الثلث يسير بيع، لا يتهم أن يقصد به شراء الثمرة قبل بدوّ صلاحها، كما لا يتهم بذلك في العرية، أمّا إذا زاد على الثلث صار ذلك مقصوداً أو خرج أن يكون تبعاً، كزيادة العرية على خمسة أوسق[3]. إلّا أنّ ابن رشد الحفيد اعترض على ذلك، بأنّ هذا الاستدلال مبني على غير الأصول، لأنّ الأصول تقتضي أنّه لا يفرّق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد[4].

ودليل جواز دخول البياض في مساقاة الشجر والزرع، واشتراط أن يكون قليل بالنسبة للشجر أو الزرع: عمل أهل المدينة. فقد قال الإمام مالك إثر ذكره المسألة وعمل الناس فيه: «والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم»[5]. ونقل سحنون عن ابن وهب أنّ الإمام مالكاً قال: «وذلك أنّ من أمر الناس الذي مضى على أنّهم يساقون الأصل وفيه البياض تبع، ويكرون الأرض البيضاء وفيها الشيء من الأصل، فأخبر مالك أنّه من عمل الناس، وأنّه الذي مضى من أمرهم، والعمل أقوى من الأخبار»[6]. وكلامه صريح في عمل أهل المدينة.

ووجه التحديد بالثلث للجواز أنّ الثلث معتبر في الأصول في البيع[7]. فإن كان أكثر من الثلث لم يجز وفسدت. ووجه عدم الجواز في أكثر من الثلث أنّ ذلك يصير مقصوداً، فيكون زيادة ينفرد بها العامل[8].

والذين يرون أنّ النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الأرض أيضاً فيجيزون المساقاة على الأرض البيضاء، فيعترض عليهم الإمام مالك بأنّه لا يمكن التمسّك بذلك؛ لأنّ البياض في خيبر كان يسيراً تابعاً بين أضعاف السواد[9].

ويكون البياض المذكور للعامل إن سَكَتَا عند عقد المساقاة عَنْهُ، بأن لم يدخل في

---

(1) المنتقى: 5/ 122.
(2) بداية المجتهد: 2/ 277.
(3) المعونة: 2/ 1136.
(4) بداية المجتهد: 2/ 277.
(5) الموطأ في المساقاة، باب ما جاء في المساقاة. وانظر لدلالة قول الإمام على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.
(6) المدونة: 3/ 446.
(7) المعونة: 2/ 1135.
(8) المعونة: 2/ 1135.
(9) إكمال الإكمال: 5/ 403.

المساقاة بشروطه المتقدمة ولم يجعل لربه، فيكون للعامل وحده. والدليل على ذلك[1]:

أ ـ معاملة النبي ﷺ أهل خيبر. ووجه الاستدلال أنّه جعل لهم الأرض على أن يعملوها ويزرعوها، وله وللمسلمين شطر ما يعملون في الأشجار، أي: نصف الثمرة، دون سائر ما بأيديهم من أرض خيبر فتركها لهم وألغاها من العقد، ولذلك انفردوا بمساكنها ومسارحها وغير ذلك. ولم ينقل أنّه ﷺ منعهم منه، ولا أنّه استثناه، ولا طلب منهم أجرته. وما جاء في الحديث من قول عبد الله بن عمر: «أعطى رسول الله ﷺ خيبر اليهود، أن يعملوها، ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها»[2]، فيحمل الضمير في قوله: «يخرج منها» على ما يعمل فيها من الأشجار، فيكون بمعنى سياق الحديث، وهو قوله ﷺ: «أقرّكم فيما أقرّكم الله ﷻ، على أنّ الثمر بيننا وبينكم».

ب ـ أنّ لفظ المساقاة إنّما يختصّ بالثمار وماله أصل ثابت وفرع ظاهر حين المساقاة، وما كان من الأرض البيضاء على وجه التبع فهو للعامل على وجه الارتفاق، كما بين الأصول والمراح والمسكن وغير ذلك.

وكذلك إذا اشْتَرَطَهُ العَامِلُ لنفسه، فيكون له أيضاً. وقد استحبّ الإمام مالك أن يترك للعامل رفقاً به وإحساناً إليه[3].

فَإن اشْتَرَطَهُ رَبُّهُ لنفسه فَسَدَ عقد المساقاة، لنيله من سقي العامل، فيكون زيادة اشترطها عليه. ولذا لو كان بعلاً أو كان لا يسقى بماء الحائط، بأن كان منعزلاً على حدة لجاز اشتراطه لنفسه. وهذا كله في البياض اليسير كما هو الموضوع. وأما الكثير الزائد قيمته على الثلث فلا يجوز تركه للعامل، ولا إدخاله في عقد المساقاة، فإنّه يفسد العقد.

الزكاة في المساقاة:

إذا حصل النصاب في الثمرة ففيها الزكاة. والوجوب يتناولها على ملك صاحب الأصل[4].

حكم المساقاة الفاسدة:

التفريق ـ فيما يأتي ـ بين ما يجب فيه مساقاة المثل وما يجب فيه أجرة المثل استحسان على غير قياس، وهو مذهب ابن القاسم على نحو قوله في القراض[5].

تُفْسَخُ المساقاة الفاسدةُ قَبْلَ العَمَلِ مُطْلَقاً، سواء وجبت فيها أجرة المثل أو وجبت مساقاة المثل.

---

(1) المعونة: 2/ 1134، والمنتقى: 5/ 121.

(2) أخرجه البخاري في الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما؛ ومسلم في المساقاة،

(3) المفهم: 5/ 2762. (4) المعونة: 2/ 1137.

(5) المقدمات: 2/ 557، وبداية المجتهد: 2/ 281.

أو تفسخ في أَثْنَاء العمل إن وَجَبَتْ فيها أُجْرَةُ المِثْلِ، لا إن وجبت مساقاة المثل، فلا تفسخ إن طلع عليها بعد الشروع في العمل.

وإنّما فسخت في أثناء العمل؛ لأنّ للعامل فيها أجر ما عمل قلّ أو كثر، فلا ضرر عليه في الفسخ.

ويجب أجرة المثل إن خَرَجَا عن المساقاة إلى إجارة فاسدة أو بيع فاسد، كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

وما تجب فيه مساقاة المثل فإنما يفسخ ما لم يعمل، فإن عمل فقد فاتت بالعمل ووجب التمادي فيها إلى تمام سنة أو أكثر وردّ إلى مساقاة مثله للضرورة؛ لأنه لا يدفع للعامل نصيبه إلا من الثمرة، فلو فسخت في الأثناء لزم ألا يكون له شيء وهو ضرر عليه فيما عمله.

ومثّلَ ما فيه أجرة المثل بالخروج عن حقيقة المساقاة اشْتِرَاط زِيَادَة عَيْنٍ أو عَرْضٍ من أحدهما للآخر، فيوجب أجرة المثل لخروجهما عنها؛ لأن الزيادة إن كانت من رب الحائط فقد خرجا عنها إلى الإجارة الفاسدة؛ لأنه كأنه استأجره على أن يعمل له في حائطه بما أعطاه من عين أو عرض وبجزء من ثمرته، وذلك إجارة فاسدة توجب الرد لأجرة مثله، ويحسب منها تلك الزيادة، ولا شيء له من الثمرة ولو بعد تمام العمل. وإن كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عنها إلى بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها؛ لأنه كأنه اشترى الجزء المسمّى بما دفعه لرب الحائط وبأجرة عمله، فوجب له أجرة مثله ويأخذ ما دفعه ولا شيء له من الثمرة.

فإن لم يخرجا عنها، بأن كان الفساد لضرر، أو لفقد شرط غير الزيادة المتقدمة، أو وجود مانع؛ مَضَت المساقاة بالعمل كلّاً أو بعضاً بمُسَاقَاة المِثْلِ ونذكر لذلك مسائل هي:

1 ـ مُسَاقَاة مَعَ ثَمرٍ أَطْعَمَ، أي: بدا صلاحه ولم يكن تبعاً، والآخر لم يطعم، إذا لم يطلع على فساد هذه المساقاة إلّا بعد العمل. والعلة في فساد هذه المساقاة احتواؤها على بيع ثمر مجهول، وهو الجزء المسمّى للعامل بشيء مجهول وهو العمل. ولا يقال: إنّ أصل المساقاة كذلك؛ فالجواب أنّ المساقاة خرجت عن أصل فاسد، ولا يتناول خروجها هذا الفرع، لخروجه عن سنّة المساقاة من كونها قبل الإطعام، فبقي هذا الفرع على أصله.

2 ـ مساقاة مع اشتراط عمل ربّه في الحائط معه، بجزء أو مجاناً.

3 ـ مساقاة مع اشتراط دَابَّةٍ، أو مع اشتراط خادم لرب الحائط يعمل معه فيها، والحائط صغير، لأنّه ربما كفاه ذلك فيصير كأنه اشترط جميع العمل على ربّه. فإن اشترط الدابة أو الخادم والحائط كبير جاز. وحيث اشترط لم يجز إلّا بشرط الخلف حيث كان كلّ منهما معيناً.

4 ـ مساقاة مَعَ بَيْعٍ لسلعة. أي: ساقاه بجزء معلوم وباعه سلعة بثمن معلوم في صفقة؛ لأن جميع البيع والمساقاة ممنوع. ومثل البيع الإجارة، والجعالة، والنكاح، والصرف، والشركة، فتكون فاسدة وفيها مساقاة المثل.

5 ـ مساقاة مع اخْتِلافِ الجُزْءِ الذي للعامل، في مساقاة سِنين، وقع العقد عليها صفقة، وهي المسألة المتقدمة. والمراد بالجمع في السنين: ما فوق الواحد؛ فإذا عاقده على سنتين فأكثر صفقة واحدة، واختلف الجزء، كأن يكون النصف في سنة والثلث في أخرى مثلاً، كانت فاسدة كما تقدم. علة الفساد الغرر[1]. وفيها بعد العمل مساقاة المثل.

6 ـ مساقاة مع اختلاف الجزء في حَوَائِط متعددة، ساقاه عليها في صَفْقَةٍ واحدة. والمراد بالجمع: ما فوق الواحد أيضاً؛ فإذا ساقاه على حائطين أو أكثر في صفقة، على أنّ له في أحدهما الثلث وفي الأخرى النصف مثلاً فسدت، وردت بعد العمل لمساقاة المثل وعلّة الفساد الغرر[2]. وأمّا مع اتفاق الجزء بأن وقع عقد المساقاة على حوائط بجزء متفق، صفقة واحدة، أو صفقات، أو على حوائط بجزء مختلف في صفقات جاز.

7 ـ مساقاة مع اشتراط ربّ الحائط على العامل أن يكْفِيَهُ مَؤونَةَ حائط آخَرَ، أو خدمة أخرى في شيء آخر بلا شيء أو بأجرة؛ فإنه يفسد. وفيه بعد العمل مساقاة المثل في الحائط الأصلي، وأما الحائط الآخر أو الشيء الآخر ففيه أجرة المثل.

وكما وجب مساقاة المثل في هذه المسائل حيث اطلع عليه في أثناء العمل وقلنا بعدم الفسخ، وَجَبَ إذا عثر عليه بَعْدَ الفَرَاغِ منه مُسَاقَاةُ المِثْلِ أيضاً في هذا، أي: في المسائل المذكورة.

8 ـ مساقاة مع اشتراط أحدهما على الآخر حمل نصيبه إلى منزله، أي: إذا كان فيه مشقة، وإلا فلا تفسد. وإنما منع لما فيه من الزيادة المشترطة على أحدهما. وينبغي دفع أجرة الحمل له مع مساقاة مثل الحائط.

وفي هذه المسائل مساقاة المثل مطلقاً، كانت أكثر من الجزء الذي شرط للعامل أو أقل.

ويكون مساقاة المثل أيضاً في مسألة التنازع بينهما، وهي ما إذا كانت المساقاة صحيحة، واختلفا بعد العمل في الجزء، ولم يُشْبِها معاً، فيرد العامل إلى مساقاة المثل. فإن أشبه أحدهما فالقول له بيمينه، فأن أشبها معاً فالقول للعامل بيمينه، لأنّه مؤتمن، ولأنّ اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة، فكون العامل مؤتمناً لتسليم

---

(1) المقدمات: 2/ 557.

(2) المقدمات: 2/ 557.

الحائط إليه والعمل فيه فهو أقوى[1]. وإن اختلفا قبل العمل تحالفا وتفاسخا، ولا ينظر فيه لمشْبِه، ونكولهما كحلفهما، ويقضى للحالف على الناكل. فلم يكن في هذا كالقراض للزوم عقد المساقاة. أي: لأن العامل في القراض يرد المال من غير تحالف حيث وقع التنازع قبل العمل.

وأمّا أُجْرَة المثل فتجب بعد الفراغ من العمل فيما خرجا به عن حقيقة المساقاة. كما إذا وجبت فيما إذا عثر عليه في أثناء العمل وفسخت.

والقَوْلُ عند اختلافهما فيما يقتضي الصحة والفساد يكون لمُدَّعِي الصحة، أي: لمن ادعى منهما ما يقتضي الصحة، وذلك بيمينه، دون ما يقتضي دعواه الفساد؛ كما لو ادعى أحدهما أن الجزء كان معلوماً، وادعى الآخر أنه كان مجهولاً؛ أو ادعى أحدهما وقوعها مع زيادة عين أو عرض؛ أو أنها وقعت بعد بدوّ صلاح الثمرة وخالفه الثاني؛ فالقول لمدعي الصحة بيمينه ما لم يغلب الفساد[2]، فإن غلب بين الناس وقوعها فاسدة، فالقول لمدعيه لشهادة العرف له. هذا هو المعتمد قياساً على البيع[3]، خلافاً لمن قال: القول لمدعي الصحة مطلقاً، بل الشأن في المساقاة بين الناس وقوعها فاسدة أكثر من البيع لكثرة شروطها. والحاصل أن ابن رشد واللخمي اتفقا على أن القول لمدعي الصحة مطلقاً، والأكثر على خلافهما وهو الراجح.

والقول لمدعي الصحة، سواء كان التنازع بعد العمل أو قبله.

ولو اختلفا فقال رب الحائط: لم تدفع لي الثمرة، وقال العامل: بل دفعتها لك؛ صدق العامل لأنه أمين، ويحلف.

تقصير العامل في عمله:

إذا قصر العامل فيما يلزمه من العمل الذي شرط عليه أو جرى به العرف، حطّ من نصيبه بنسبته، فينظر في قيمة ما عمل مع قيمة ما ترك، فإن كان قيمة ما ترك الثلث مثلا حطّ من جزئه الثلث. ووجه ذلك أنّ نصيبه من الثمرة في مقابلة جميع العمل، فإذا ترك بعضه حطّ من العوض بقدر ما ترك منه[4].

وأما إذا لم يقصّر، بأن شرط عليه السقي بثلاث مرات، فسقى مرتين وأغناه المطر أو السيح عن الثالثة، لم يحط من حصته شيء، وكان له جزؤه بالتمام بلا خلاف.

---

(1) الإشراف: 2/ 649، وبداية المجتهد: 2/ 280.

(2) بخلاف القراض، فإنّ القول قول مدعي صحته ولو غلب الفساد على المشهور.

(3) أي: فإنه ينظر فيه فإن كانت تلك البياعات يغلب فيها الصحّة فالقول لمدعيها، وإن كانت تلك البياعات يغلب فيها الفساد كالسلم والصرف والمبادلة فالقول لمدّعي الفساد.

(4) المنتقى: 5/ 125.

ووجه ذلك أنّه إنّما دخل على أن يسقي الحائط ما احتاج من السقي، ولا يقدّر ذلك بعدد، وإنّما هو بحسب الحاجة، وإذا سقاه المطر أو السيل لم يحتج إلى سقي آخر[1].

وهذا بخلاف الإجارة بالدنانير أو الدراهم على سقاية حائطه زمن السقي، وهو معلوم عند أهل المعرفة، فجاء ماء السماء فأقام به حيناً، حط عنه من إجارته بقدر إقامة الماء فيه. والفرق بين الإجارة والمساقاة، أن الإجارة مبنية على المشاحة، بخلاف المساقاة. والله أعلم.



(1) المنتقى: 5/ 125.

الإجـــارة

تعريف الإجارة لغة:

الإجارة مثلّثة الهمزة، تقرأ بالضّمّ والفتح والكسر، وهي بالكسر أفصح. وهي مصدر أجر بالقصر، ككتب. ويقال: آجر إيجاراً، كأكرم إكراماً. ويستعمل الممدود أيضاً من باب المفاعلة، فيكون مصدره المؤاجرة.

وهي بمعنى الأجر على العمل، أي: الثواب عليه. فمعنى استأجر الرجل الرجل أي: استعمله عملاً بأجرة، أي: بثواب يثيبه عليه، ومن ذلك قولهم: أجرك الله، أي: أثابك. وقد ورد لفظ الأجر في القرآن الكريم بمعنى الثواب، قال الله تعالى: ﴿يَٰقَوْمِ لَآ أَسْـَٔلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا ۖ إِنْ أَجْرِىَ إِلَّا عَلَى ٱلَّذِى فَطَرَنِىٓ ۚ أَفَلَا تَعْقِلُونَ ﴿٥١﴾﴾ [هــود: 51]، أي: لا أسألكم عليه ثواباً إن أرجو الثواب في ذلك إلّا من الله الذي فطرني؛ وقـال: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الـكـهـف: 77]؛ وقـال: ﴿وَأَمَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ فَيُوَفِّيهِمْ أُجُورَهُمْ﴾ [آل عمران: 57] وهذا في القرآن كثير[1]. قال الإمام القرافي: «لمّا كان أصل هذه المادّة الثواب على الأعمال، وهي منافع؛ خصّصت الإجارة ببيع المنافع، على قاعدة العرب في تخصيص كلّ نوع تحت جنس باسم، لتحصيل التعارف عند الخطاب، كما صنعت في السّلم والصرف ونحوهما، مع اندراجهما تحت المعاوضة»[2].

والإجارة والكراء شيء واحد في المعنى[3]. إلا أنهم أطلقوا على العقد على منافع الآدمي ومنافع ما ينقل كالثّياب والأواني والأمتعة، إلّا السّفن والحيوان، إجارة؛ وعلى العقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدّور، ومنافع ما ينقل من الحيوان والسّفن كراء. وهذا على سبيل الغالب في إطلاق لفظي الإجارة والكراء. وقد يتسمّحون في ذلك فيخالفون، ويطلقون الإجارة على الكراء والكراء على الإجارة؛ فيسمّون العقد على منافع الآدميّ ومنافع ما ينقل غير السّفن والحيوان كراء، ويسمّون العقد على منافع ما لا ينقل ومنافع السّفن والرّواحل إجارة.

---

(1) المقدّمات: 2/ 163 ومختار الصحاح ص12.

(2) الذخيرة: 5/ 371.

(3) مختار الصحاح 12.

تعريف الإجارة إصطلاحاً:

هي عقد معاوضة، على تمليك منفعة، بعوض، بما يدلّ على التّمليك.

شرح التّعريف:

- «عقد معاوضة» خرج بلفظ معاوضة: الوقف، والعمرى، والإيصاء، والإعارة؛ لأنّها ليس فيها معاوضة.

- «على تمليك منفعة» خرج بلفظ منفعة البيع، فإنّه معاوضة على تمليك ذات. وخرج أيضاً هبة الثواب. قال القاضي عبد الوهاب في توجيه كون الإجارة تقع على المنافع لا على الأعيان، في سياق ردّه على من يرى خلاف ذلك: ألا ترى أنّ له - أي: المستأجر - التصرّف في المنفعة بالبيع والهبة، وليس له أن يتصرّف في الرقبة، ولأنّا نتفق - أي: مع المخالفين - على أنّ عقد الإجارة يصحّ بلفظ البيع، مثل أن يقول: بعتك داري شهراً، يريد الإجارة والمعاوضة على المنافع؛ فلو كان العقد قد تناول الدّار لكان بيعاً فاسداً، لأنّ البيع لا يتوقّت[1].

- «بعوض» أي: تمليك لمنفعة في نظير ومقابلة عوض. فخرج بذلك النّكاح والجعالة. لأنّ المنفعة في الإجارة تكون في نظير العوض، حتّى لو حصل مانع من إتمامه رجع للمحاسبة. بخلاف النّكاح والجعالة؛ لأنّ المنفعة في النّكاح هو التمكين من البضع شرعاً؛ وفي الجعالة هو التمكين من المجاعل عليه؛ في نظير عوض فيهما؛ فكلّ من البضع والمجاعل عليه هو ذو المنفعة، تحققت أم لا، استمرت أم لا، فيثبت العوض بتمامه على كل حال. وهذا التعريف شامل للكراء.

- «بما يدلّ على التّمليك» أي: على تمليك المنفعة بـ«عقد». أي: عقد على ما ذكر بما يقتضي من لفظ أو غيره؛ كالإشارة والكتابة والمعاطاة والعرف الجاري بين النّاس. وذلك في الأعمال التي يعملها الشّخص لغيره، ومثله يأخذ عليها أجرة، كتخليص ديْن لأنّ من قواعد الفقه أنّ العرف كالشّرط، والعادة محكمة.

ولا يدخل في صيغة الإجارة لفظ المساقاة، فلا تنعقد به عند ابن القاسم؛ لأنّ المساقاة رخصة يقتصر فيها على ما ورد. وتقدّم أنّ سحنوناً يرى انعقاد أحدهما بالآخر.

حكم الإجارة:

الإجارة مشروعة وجائزة على نحو ما أحكمته الشريعة. ودليل الجواز ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَوٰةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا

---

(1) الإشراف: 2/ 655.

﴿بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا ۗ وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ ﴿٣٢﴾﴾ [الزخرف: 32].

ووجه الاستدلال من الآية إخبارها بأنّ إرادة الله اقتضت تهيئة نظام الحياة على نحو يحقّق تسخير النّاس بعضهم لبعض، واحتياج بعضهم إلى بعض؛ ليكون ذلك سبباً في إقامة حياتهم، وكسب معاشهم، بحيث يستفيد كلّ طرف بهذا التسخير، بما يقع بينهم من تبادل المنافع، هذا بخدمته وهذا بما في يديه؛ ولهذا قدّر سبحانه في خلق الناس أن يكونوا متفاضلين بالقوّة والضعف، والعلم والجهل، والفهم والغباء، والنباهة والخمول، والغنى والفقر؛ وهو معنى رفع بعضهم درجات فوق بعض؛ وكلّ ذلك من حكمة الله تعالى ورحمته[1].

ب ـ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

ج ـ قوله تعالى حكاية عن شعيب ﷺ: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: 26].

د ـ قوله تعالى على لسان موسى للخضر ﷺ: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ ۖ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف: 77].

فالآيات الثلاث نصّ على جواز الإجارة وأخذ الأجرة والمعاوضة على المنافع. والآيتان الثانية والثالثة ممّا يرجع إلى أصل «شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ»[2].

هـ ـ فعل النبي ﷺ، فعن عائشةَ رضيَ اللهُ عنها، زَوج النبيِّ ﷺ قالت: «استأجَرَ رسولُ اللهِ ﷺ وأبو بكرٍ رجُلاً مِن بني الدِّيلِ هادِياً خرِّيتاً، وهوَ على دِينِ كفّارِ قُريشٍ، فدَفَعا إليه راحِلَتَيهِما، وواعَداهُ غارَ ثَورٍ بعدَ ثلاثِ لَيالٍ، فأتاهُما براحلَتَيهما صُبحَ ثلاثٍ»[3]. وفعله ﷺ يدلّ على الإذن الشرعي في الإجارة.

و ـ عن أبي هريرةَ رضيَ اللهُ عنه، عنِ النبيِّ ﷺ قال: «قال اللهُ تعالى: ثلاثةٌ أنا خَصمُهم يومَ القيامةِ: رجُلٌ أعطى بي ثمَّ غَدَر، ورجلٌ باع حُرّاً فأكلَ ثَمنَه، ورجلٌ استأجَرَ أجِيراً فاسْتَوفى منهُ ولم يُعطِه أجرَه»[4].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث، أنّه يفيد بدلالة الإشارة جواز الدخول في عقد الإجارة؛ لأنه ﷺ توعّد على عدم توفية الأجير أجره، والتوعّد على ذلك نهي عنه وأمر

(1) المقدمات: 2/ 163، أحكام القرآن القرطبي: 16/ 82، تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمّهات لابن الحاجب، محمد بن عبد السلام الهواري: مخ 3343، م 4/ 177، التحرير والتنوير: 25/ 201.

(2) الإشراف: 2/ 652، المعونة 2/ 1087، الذخيرة 5/ 371.

(3) البخاري في الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة.

(4) البخاري في الإجارة، باب إثم من منع أجر الأجير.

بتوفية الأجير أجره، والتوفية فرع عن الاستئجار، والشارع لا يأمر بشيء أصله غير مشروع؛ فدلّ ذلك على جواز الإجارة.

ز ـ أحاديث الباب الآتية في مواطن الاستدلال بها.

ح ـ إجماع السلف قبل ادّعاء ابن عليّة والأصمّ عدم جوازها. وقولهما خرق للإجماع[1].

ط ـ القياس على بيع الأعيان، بجامع حاجة النّاس إلى تملّك المنافع كحاجتهم إلى تملّك الأعيان[2].

ي ـ العرف العام؛ فقد جرى العرف البشري بها، واعتبرت من مقتضيات الخلطة بين النّاس، وقد تعارف عليها البشر منذ أقدم العصور، كما تدلّ عليه قصّتي موسى مع شعيب ومع الخضر ، وأقرّتها الشرائع الإلهية[3].

وهي في الشريعة الإسلامية من المصالح المعتبرة التي جاءت الشريعة بحفظها على النّاس. ووجه اعتبارها أنّ البشر لمّا كان كلّ واحد منهم، لا يقدر على أن يتملّك أو يتصرّف لنفسه في جميع أغراضه، فقد شرع الله تعالى الإجارة طريقاً لاستيفاء النّاس منافع بعضهم في مقابل الأعواض، فتتحقّق بذلك أغراضهم[4].

وقد جعلها القاضي عبد الوهاب وغيره في درجة المصالح الحاجية[5]. وهي ترقى في بعض الحالات ـ عند الإمام الشاطبي[6] ـ إلى درجة الضروريات، إذا توقّف حفظ إحدى الضروريات الخمسة عليها.

وقد طرأت الشبهة لابن عليّة والأصمّ في قولهما بعدم جواز الإجارة، من قياس اعتمداه. وقد كان صالحاً لولا أنّه معارض للنصّ والإجماع. ووجه القياس عندهما أنّ الإجارة بيع منافع، والمنافع معدومة حين العقد، لا يقدر الأجير على تسليمها إلّا في المستقبل، وهي ليست سَلَماً في الذمّة؛ فكان العقد عليها من الغرر ومن بيع ما لم يخلق، وهما ممنوعان في الشرع[7]. وقد ردّ عليهما بما يلي:

أ ـ أنّ هذا القياس ملغى؛ لأنّه في مقابل النصّ والإجماع[8].

ب ـ أنّ المنفعة وإن كانت معدومة حين العقد، فهي مستوفاة في الغالب، والشارع إنّما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب أو ما يكون استيفاؤه وعدم

---

(1) الإشراف: 2/ 652، المختصر الفقهي ابن عرفة: مخ رقم 6080 م4/ و1ظ.

(2) الإشراف: 2/ 652.

(3) أحكام القرآن، ابن العربي: 3/ 1466، الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: 13/ 267.

(4) أحكام القرآن، ابن العربي: 3/ 1096. (5) الإشراف: 2/ 652.

(6) الموافقات: 2/ 14.

(7) بداية المجتهد، ابن رشد الحفيد: 2/ 247. (8) الذخيرة: 5/ 372.

استيفائه على السواء[1].

ج ـ أنّ الإجارة في الحقيقة تتضمّن استيفاء المنافع في الحال؛ لأنّ تسليم الأجير نفسه للمستأجر تسليم لمنافعه، وتسليم رقبة المكرى من العقارات والمنقولات تسليم لمنافعها؛ وقبض المستأجر لأوائل ما يسلّم ـ وهو الأجير وما يكرى من العقارات والمنقولات ـ هو قبض لأواخرها، وهو منافعها، وهو معنى قولهم: قبض الأوائل كقبض الأواخر[2].

وفيما يلي ذكر أدلّة خاصّة بالدواب والأرض، زيادة على ما تقدّم:

كراء الدواب والسفن:

أ ـ قال تعالى: ﴿وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَا ۗ لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَٰفِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ۝٥ وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ ۝٦ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا۟ بَٰلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ ٱلْأَنفُسِ ۚ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ ۝٧﴾ [النحل: 5 ـ 7].

ب ـ قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِى نَزَّلَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءًۢ بِقَدَرٍ فَأَنشَرْنَا بِهِۦ بَلْدَةً مَّيْتًا ۚ كَذَٰلِكَ تُخْرَجُونَ ۝١١ وَٱلَّذِى خَلَقَ ٱلْأَزْوَٰجَ كُلَّهَا وَجَعَلَ لَكُم مِّنَ ٱلْفُلْكِ وَٱلْأَنْعَٰمِ مَا تَرْكَبُونَ ۝١٢﴾ [الزخرف: 11، 12].

ج ـ قال تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ۚ وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ۝٨﴾ [النحل: 8].

د ـ قال تعالى: ﴿ٱللَّهُ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَنْعَٰمَ لِتَرْكَبُوا۟ مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ۝٧٩ وَلَكُمْ فِيهَا مَنَٰفِعُ وَلِتَبْلُغُوا۟ عَلَيْهَا حَاجَةً فِى صُدُورِكُمْ وَعَلَيْهَا وَعَلَى ٱلْفُلْكِ تُحْمَلُونَ ۝٨٠﴾ [غافر: 79، 80].

ووجه الاستدلال من هذه الآيات أنّ الله تعالى امتنّ على النّاس بما خلق لهم من الدواب والأنعام والفلك، وبما سخّرها لهم وملّكهم إيّاها وأذن لهم في الانتفاع بها؛ ودلالة لفظ الانتفاع عامّة لا يوجد لها في الشرع تخصيص؛ ومن أوجه الانتفاع بها كراؤها وقبض العوض عن منافعها؛ لأنّ ما ملكه الإنسان وجاز له تسخيره، جائز له كراؤه[3].

هـ ـ حديث جابر رضي الله عنه، أنّه باع للنّبي ﷺ بعيراً وشرط ظهره إلى المدينة. فقد قال له رسول الله ﷺ في غزاة: «كيفَ تَرى بَعيرَكَ؟» قال: قلت: بخير، قد أصابَتْهُ بَركَتُكَ. قال: «أفتبيعُنيهِ؟» قال: فاستحييتُ، ولم يكن لنا ناضحٌ غيرُه، قال: فقلتُ: نعم، قال: «فبِعْنيه» فبِعتُه إياهُ على أنَّ لي فَقارَ ظَهرِهِ حتى أبلُغَ المدينةَ[4].

---

(1) بداية المجتهد: 2/ 247.
(2) الذخيرة: 5/ 372.
(3) المقدمات: 2/ 184، الجامع لأحكام القرآن: 10/ 55.
(4) البخاري في الجهاد، باب استئذان الرجل الإمام، ومسلم في المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه.

ووجه الاستدلال أنّ ما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالأجر[1].

و ـ عن عائشةَ رضيَ اللهُ عنها، زَوجِ النبيِّ ﷺ قالت: «استأجَرَ رسولُ اللهِ ﷺ وأبو بكرٍ رجُلاً مِن بني الدِّيلِ هادِياً خرِّيتاً، وهوَ على دِينِ كفّارِ قُرَيشٍ، فدَفَعا إِليه راحِلَتَيهِما، وواعَداهُ غارَ ثَورٍ بعدَ ثلاثِ لَيالٍ، فأتاهُما براحلَتَيهما صُبحَ ثلاثٍ»[2].

ز ـ إجماع أهل العلم من عهد الصحابة[3].

كراء الأراضي:

وردت عدّة أحاديث في كراء الأراضي، وهي تبدو متعارضة. وسيأتي ذكرها وأوجه الاستدلال منها عند الحديث عن مفسدات الإجارة، في المفسد الرابع. ومنها يفهم جواز كراء الأراضي في الجملة. لكن نشير هنا إلى أنّ منهج الإمام مالك رحمه الله تعالى في العمل بها هو استعمالها كلّها، بالجمع بينها وعدم حمل شيء منها على التعارض وطرح بعضها؛ فهو جعل بعضها مركّباً على بعض ومبيّناً له؛ لأنّ استعمال جميع الأدلّة ما أمكن ذلك أولى من طرح بعضها[4].

كراء الحمام ودخوله:

يجوز كراء الحمامات ودخولها للرجال والنساء، إذا كانوا يدخلونها في أوقات مختلفة؛ وإذا كانوا يدخلونها مستترين في عوراتهم، ودليل الجواز: حاجة الناس الداعية لدخولها، للتطهر من الجنابة والحيض، ولإزالة الأوساخ ومداواة الأمراض.

وأما ما روي عن جابر أنّ النبي ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام بغير إزار، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام»[5]، فهو محمول على الدخول بدون تستّر. فإذا كان فيها كشف للعورات منع الدخول[6].

حكمة مشروعية الإجارة:

نبهت الأدلة المتقدمة على أن حكمة مشروعية الإجارة التعاون ودفع الحاجات[7].

لزوم عقد الإجارة:

عقد الإجارة من العقود التي تلزم المتعاقدين بالعقد، وليس لأحدهما أن يحلّه؛

---

(1) بداية المجتهد 2/ 247.

(2) البخاري في الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة.

(3) المقدمات: 2/ 184، الجامع لأحكام القرآن: 10/ 55.

(4) المقدّمات 2/ 228، المفهم: 5/ 2739.

(5) أخرجه الترمذي في الأدب، باب ما جاء في دخول الحمام، وقال: حسن غريب.

(6) الذخيرة: 5/ 397.

(7) لباب اللباب، ابن راشد القفصي: 221.

إلّا إذا تضمّن ما يوجب فسخه، كما سيأتي، أو إذا اشترط أحدهما الخيار لنفسه.
ودليل لزوم الإجارة ما يلي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1].

ووجه الاستدلال بالآية أنّ لفظ المؤمنين عام في المسلمين؛ وأنّ الأمر فيها بالوفاء بالعقود عام في كلّ العقود، سواء كانت عقود طاعات مع الله تعالى، أو عقود معاوضات بين النّاس؛ قال القرطبي: وهو الصحيح[1].

ب ـ القياس على البيع؛ لأنّه عقد معاوضة بين ثمن ومثمون[2].

ج ـ القياس على البيع أيضاً، وصورته: أنه عقد شرع لرفع الضرورة في المنافع فيلزم بالعقد كالبيع[3].

د ـ أن الأصل ترتب المسببات على الأسباب[4].

الخيار في الإجارة:

يجوز اشتراط الخيار في الإجارة، سواء كانت معيّنة أو في الذّمّة. والدليل: القياس على البيع بعلّة أنّ الإجارة عقد مقصود به المعاوضة المحضة، فجاز اشتراط الخيار فيه كبيع الأعيان[5].

أركان الإجارة:

للإجارة أربعة أركان. وهي مأخوذة من التعريف.

الركن الأوّل: العاقد:

ويشتمل على طرفين:

1 ـ المؤجّر ـ بفتح الجيم ـ وهو بائع المنفعة، أي: مالكها. ويقال فيه مُكْرٍ.

2 ـ المستأجر ـ بكسر الجيم ـ وهو مشتري المنفعة، أي: دافع العوض. ويقال فيه مُكْتَرٍ.

وشرط صحّة عقدهم العقل. فلا يصحّ من مجنون ومعتوه.

وشروط لزوم عقدهما ما يلي:

1 ـ الطّوع، وتقدم الدليل على ذلك في البيع، في شرط عدم الإكراه من شروط لزوم عقد العاقد.

---

(1) الجامع لأحكام القرآن: 6/ 4، وانظر الإشراف: 2/ 652، المقدّمات: 2/ 184، المنتقى: 5/ 114.

(2) انظر الإشراف: 2/ 653، المقدمات: 2/ 184.

(3) انظر الذخيرة: 5/ 434.

(4) انظر الذخيرة: 5/ 434.

(5) انظر الإشراف: 2/ 654، المعونة: 2/ 1098، المنتقى: 5/ 114، البيان والتحصيل: 9/ 23.

2 ـ التكليف، فالصبي المميّز يتوقّف لزوم إجارته بنفسه أو ماله على إذن وليّه. ووجه اشتراط التكليف في البيع والإجارة، مع كونهما من أحكام الوضع المترتبة على الأسباب والشروط والموانع، أي: فهما من باب الأسباب في انتقال ملكية الأعيان والمنافع، وليستا من أحكام التكليف التي تتوقف على علم المكلف وقدرته وبلوغه، والتي تقتضي صحّة البيع والإجارة من الصّبيّ؛ فوجه ذلك أنّ الشرع راعى في التصرّف المالي ـ بيعاً وإجارة ـ مصلحة صون الأموال عن الضياع، بسبب قصور نظر الصّبيّ ونحوه[1]. كما راعى في الإجارة مصلحة صون جهده عن أن يبخس حقّه، وصون بدنه عن تكليفه ما لا يطيق.

3 ـ الرشد، فالسفيه إن عقد على نفسه، فلا كلام لوليّه؛ إلّا إذا كان في الأجر محاباة، فلوليّه النظر. وإن عقد على سلعة فلوليّه النّظر مطلقاً، كان في الأجر محاباة أم لا وذلك كالبيع. والتعليل المتقدّم في اشتراط التكليف صالح للتعليل به في اشتراط الرشد في التصرّف المالي. كما إنّه صالح للتعليل به في اشتراط العقل لصحّة تصرّف المجنون والمعتوه في المال والنفس.

وليس للزوج كراء ما تملكه الزوجة؛ لأنّها مطلقة التصرّف[2].

الركن الثاني: الصيغة:

وهي كالبيع، فتنعقد الإجارة بما يدلّ على الرضا. قال ابن راشد القفصي: لفظ أو ما يقوم مقامه، يدل على تمليك المنفعة، بعوض[3].

الركن الثالث: الأجر:

وهو أيضاً كالبيع، يشترط فيه شروط الثمن في البيع؛ لأنّ الأجر بمنزلة الثمن. والشروط هي:

1 ـ أن يكون طاهراً. فلا يصحّ بنجس، ولا متنجّس لا يقبل التطهير. فإن كان يقبل التطهير صحّت الإجارة به، ووجب البيان، كما تقدّم في البيع.

2 ـ أن يكون منتفعاً به انتفاعاً شرعياً. فلا يصحّ بما لا نفع فيه أصلاً، أو بما فيه منفعة غير شرعية، كآلة اللهو إذا جعلت أجراً من حيث إنّها آلة لهو.

3 ـ أن يكون مقدوراً على تسليمه. فلا يصحّ ببعير شارد، ولا طير في الهواء، أو سمك في الماء؛ أو بما فيه خصومة.

4 ـ أن يكون معلوماً ذاتاً، إمّا برؤية أو وصف، كالبيع. ودليل اشتراط العلم بالأجر، ما يلي:

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 372.

(2) الذخيرة: 5/ 376.

(3) لباب اللباب: 221.

أ ـ عن أبي هريرة أنّ النّبيّ ﷺ نهى عن بيع الغرر[1]. ووجه الاستدلال أنّ الجهل بالأجر غرر، فيكون داخلاً في النهي[2].

ب ـ عن أبي هريرة عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره».

ج ـ ما روي عن النبي ﷺ قوله: «من استأجر أجيراً فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم» وفي الحديثين الثاني والثالث أمر بتسمية الأجر[3]، وهو نصّ في طلب العلم به.

د ـ قياس الأجرة في الإجارة على الثمن في البيع؛ لأنّها عوض في عقد معاوضة محضة[4].

هـ ـ الكلّية الفقهية، وهي ـ كما صاغها الإمام القرافي ـ: كلّ ما صحّ أن يكون ثمناً في البياعات، صحّ أجرة[5]. وصاغها الإمام المقّري بأعمّ من ذلك، فقال: كلّ ما يحلّ في البيع يحلّ في الإجارة، وكلّ ما يحرم في البيع يحرم في الإجارة[6]. وأصلها للإمام مالك ـ كما نقلها عنه سحنون ـ، قال: قال مالك: «كل ما جاز لك أن تبيعه فلا بأس أن تستأجر به، وما لا يجوز لك أن تبيعه فلا يجوز لك أن تستأجر به»[7] وذكر الشيخ خليل أنّ هذه الكلية لا تنخرم إلّا بكراء الأرض بما يخرج منها؛ لأنّ الطعام لا يصحّ أن يكون أجرة بالنسبة إلى الأرض[8].

وقد احتجّ من يرى جواز الجهل بالأجرة في الإجارة بالقياس على القراض والمساقاة؛ وردّ علماء المذهب على ذلك بأنّ القراض والمساقاة مستثنيان بالشرع رخّص فيهما للحاجة إليهما، فلا يقاس عليهما غيرهما، لخروجهما عن الأصول. والحديثان الثاني والثالث يدلّان على مخالفة عقد الإجارة للعقدين المذكورين[9].

واستثنى علماء المذهب إجارة الحجام وكراء الحمام ونحوهما، إذا لم تعين الأجرة ابتداء فأجازوا ذلك، وقد استدل القاضي ابن رشد الجد على ذلك بما يلي:

أ ـ ما في المنع من ذلك من التضييق على الناس والحرج عليهم والغلو في الدين، وهو ما رفعه الله تعالى عن المسلمين بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 76].

---

(1) الموطأ في البيوع، باب بيع الغرر؛ ومسلم في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر.

(2) انظر أحكام القرآن: 3/ 1474، الجامع لأحكام القرآن: 13/ 210.

(3) المدونة: 3/ 390، المقدمات: 2/ 166، تنبيه الطالب: م4/ و177.

(4) انظر المعونة: 4/ 1101.

(5) الذخيرة: 5/ 376.

(6) الكليات الفقهية، أبو عبد الله محمد المقّري: 162.

(7) المدونة: 3/ 390.

(8) التوضيح للشيخ خليل بن إسحاق: و98ظ.

(9) انظر بداية المجتهد: 2/ 254، تنبيه الطالب: م4/ و177.

ب ـ فعل النبيّ ﷺ، فعن أنس بن مالك أنّه قال: «احتجم رسول الله ﷺ، حجمه أبو طيبة، فأمر له رسول الله ﷺ بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخفّفوا عنه من خراجه»[1]. فقوله فأمر له بصاع من تمر، هو على معنى الإجارة، وظاهره أنه من تقدير النبي ﷺ، ولم يكن على اتفاق سابق بينهما[2].

5 ـ أن يكون معلوماً حلولاً أو آجلاً، إن أجّل. فلا بدّ من العلم بأنّ الأجر يدفع حالاً، أو أن يسكتا عن ذلك، ولم يكن العرف التأجيل؛ أو العلم بأنّه يدفع مؤجّلاً، ولا بدّ من علم الأجل، وجهله مفسد للعقد.

الركن الرابع: المنفعة:

وهي المعقود عليها. وعرفها الإمام ابن عرفة بأنها: ما لا يمكن الإشارة إليه حسّاً دون إضافة، ممكن استيفاؤه، غير جزء ممّا أضيف إليه. فيخرج الأعيان، ونحو العلم والقدرة[3].

ويشترط فيها شروط زائدة على ما تقدّم في البيع. وتقدّم في البيع أنّ من شروط المثمن فيه أن يكون معلوماً، أي: كالثمن فيه وكالأجرة في الإجارة. ودليل هذا الشرط في المنفعة، مع ما تقدّم من أدلّة اشتراطه في البيع، ما يلي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: 188]. وقد استدلّ الإمام القرافي بهذه الآية على هذا الفرع دون توجيهها[4]؛ وهو استدلال بعمومهما وبمآلات الأفعال لأنّ الجهل بالمنفعة يؤول إلى أكل النّاس بالباطل. والباطل ما لا يحلّ شرعاً ولا يفيد مقصوداً[5].

ب ـ أن الإجارة معاوضة مكايسة، فيمتنع فيها الجهالة والغرر؛ لنهيه ﷺ عن بيع المجهول[6].

ج ـ أن الإجارة معاوضة مكايسة، فيمتنع فيها الجهالة والغرر؛ والغرر سببه الجهالة، قال القاضي عبد الوهاب في تعليل وجوب العلم بالمنفعة: وإنّما وجب ذلك لانتفاء الغرر بانتفاء الجهالة[7].

---

(1) مالك في الجامع، باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجام 2/ 974؛ والبخاري في البيوع، باب ذكر الحجام 2/ 741.

(2) انظر منح الجليل: 7/ 433.

(3) المختصر الفقهي: م4/ و9 وجهاً.

(4) الذخيرة: 5/ 415.

(5) أحكام القرآن: 1/ 97.

(6) هكذا ذكر القرافي الرواية عنه ﷺ، ولم نقف عليها بلفظ «المجهول» فعن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر (سبق تخريجه).

(7) المعونة: 2/ 1094، وانظر أحكام القرآن لابن العربي: 3/ 1474، بداية المجتهد: 2/ 254، الذخيرة: 5/ 415.

د ـ الكلّية الفقهية: إنّ كلّ ما يصحّ بيعه جازت إجارته، وما ليس فليس. وعلّل الشيخ خليل هذه القاعدة بأنّ الإجارة بيع منافع، ولا فرق بين المنافع والأعيان[1].

وتقدم في البيع أيضاً، أن شرط العلم مراد به العلم بالذات والقدر والصفة.

فأما العلم بالذات، وهو جنس المنفعة، فهو معروف كالركوب والطحن والحمل والخياطة والنجارة والتعليم، ونحو ذلك.

وأما العلم بالقدر، فيكون إما بتوفية العمل وتمامه في محل عمل، مثل خياطة هذا الثوب وصناعة هذا الباب وتعليم هذا الطفل مقداراً محدداً من القرآن أو الصنعة؛ وإما بضرب الأجل كخدمة الأجير ومنافعه؛ وإما بتحديد الزمان في الصنعة، كخياطة يوم، وأكرية الدور والحوانيت والتعليم؛ وإما بتحديد المسافة والمكان في أكرية الدواب[2].

وأما العلم بالصفة، وهو وصف جنس المنفعة في مثل خدمة الأجير وعمل الصانع، فإنه يجوز أن يقوم العرف مقام بيانها، والدليل على ذلك:

أ ـ قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: 26].

ب ـ ما روي عن النبي ﷺ قوله: «من استأجر أجيراً فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم»[3].

ووجه الاستدلال أن ظاهر الآية والحديث الاكتفاء بذكر الأجرة والأجل والسكوت عن وصف العمل، إذ قد يستغنى عنه بالعرف المعهود، وصالح مدين لم يكن له عمل إلّا رِعْية الغنم، فكان ما علم من حاله قائماً مقام التعيين والوصف للخدمة فيه[4].

ج ـ أن العرف أصل من أصول التشريع ودليل من أدلتها[5].

وأمّا الشروط الزائدة فهي:

1 ـ أن تكون لها قيمة شرعاً لو تلفت، لكونها مؤثّرة. ومعنى ذلك، أن تكون مملوكة على وجه خاصّ، بحيث يمكن ما يلي:

---

(1) التوضيح: و68.

(2) انظر المعونة: 2/ 1094، المقدمات: 2/ 166، بداية المجتهد: 2/ 254، تنبيه الطالب: و186، التوضيح: و74.

(3) سبق تخريجه.

(4) انظر المعونة: 2/ 188، البيان والتحصيل: 8/ 444، المقدمات: 2/ 166، أحكام القرآن: 3/ 1472، الجامع لأحكام القرآن: 13/ 207.

(5) انظر المعونة: 2/ 188، البيان والتحصيل: 8/ 444، المقدمات: 2/ 166، أحكام القرآن: 3/ 1472، الجامع لأحكام القرآن: 13/ 207.

أ ـ أن يمكن منعها. وهذا القيد للاحتراز من أمور:

* من الاستظلال أو التشمّس بفلاة، فلا تقوم المنفعة لعدم ملكها. والمراد بالفلاة المكان الخارج عن ملك صاحبه؛ فإنّ التشمّس والاستظلال بالجدار لا يمكن لصاحبه منع الشمس ولا الظّلّ، ولا يحصل به وهن الجدار.

* من شمّ الرياحين؛ فإنّ صاحب الرياحين لا يمكنه منع رائحتها. وأمّا الجلوس داخل البستان الذي فيه الرياحين فله استئجاره.

* من الاستضاءة بنور مصباح خارج عن ملك صاحبه، كأن يكون خارجاً عن منزله. وأمّا الجلوس في ملكه الذي فيه المصباح فله استئجاره.

* الاستدفاء بنار إذا كان إدفاؤها خارجاً عن ملك صاحبها.

ب ـ أن يمكن من وهن الذات المستوفى منها، أي: ضعفها وتغيّرها، كالدّابّة التي تركب.

ووجه اشتراط تقويم المنفعة في الإجارة أنّ التافه الحقير لا تجوز مقابلته بالمال في نظر الشرع[1].

2 ـ أن تكون مقدوراً على تسليمها للمستأجر. ووجه هذا الشرط دخوله تحت قاعدة: أنّ ما تعذّر بذله امتنع أخذ العوض عليه؛ لأنّ أخذ العوض فرع انتقال المعوض[2]. وهذا الشرط للاحتراز من منفعة حيوان شارد أو شيء مغصوب أو غير مملوك للمؤجّر أو بعيد، ونحو ذلك.

وذكر المدني في حاشيته أنه لا يجوز الإجارة على حل المربوط والمسحور وإخراج الجان، ما لم يكن بالرقى العربية[3].

3 ـ أن تكون غير حرام. ودليل منع استئجار ما منفعته حرام:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2].

ووجه الاستدلال أنّ الإجارة على المنفعة الحرام من باب التعاون على الإثم والعدوان[4].

ب ـ عن جابر قال، قال رسول الله ﷺ: «قاتل الله اليهود، إن الله لما حرّم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه»[5].

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 400. (2) انظر الذخيرة: 5/ 399، 400.

(3) للتوسع انظر حاشيتي الرهوني والمدني: 5/ 88.

(4) انظر الإشراف: 2/ 662.

(5) البخاري في البيوع، باب بيع الميتة والأصنام 2/ 779 حديث 2121؛ مسلم في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة 2/ 1207 أحاديث 1581 ـ 1582 ـ 1583.

وفي رواية عن ابنِ عَبَّاس: «إنَّ الله تَعَالَى إذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ»[1].

ج ـ أن ثبوت الملك على العوض فرع ثبوته على ملك المعوض[2].

وهذا الشرط للاحتراز من مثل ما يلي:

* استئجار آلات الملاهي المحرمة، أي: غير ما تقدّم جوازه في النّكاح. وسيأتي في المكروهات أنّه لا يلزم من جوازها في النكاح جواز كرائها، كما سيأتي الدليل على ذلك. لكن قال الشيخ الصاوي: كلّ ما جاز من آلات اللهو في النكاح يجوز استئجارها فيه. وتقدم الدليل على ما يجوز وما لا يجوز من آلات اللهو في فصل الوليمة من باب النكاح.

* استئجار المغنّيات وتعليم الأنغام، إذ لا قيمة لذلك شرعاً، فلا تصحّ إجارة ما ذكر، وتفسخ إن وقعت، ولا أجرة فيها. وأمّا استئجار نحو المنشدين الذين ينشدون القصائد النبويّة والكلام المشتمل على المعارف، فلا شكّ في جوازه، وانظر ما تقدّم ذكره في الوليمة.

* الاستئجار على الرّقص، حيث كان حراماً، ودفع الأجر للرّاقص حرام. ومن الحرام المشي على حبل أو أعواد أو نحو ذلك من اللعب الذي يقع في الأفراح. ودليل حرمة ذلك ما فيه من الخطر والغرر، بتعريض النفس للهلاك[3].

* استئجار دنانير مسكوكة ـ ذهبية ـ للتزيّن بها إن كانت الزينة للرجال. فالمنع لحرمة المنفعة. ودليل المنع: أنّ الإجارة معاوضة على منافع الأعيان دون أعيانها، وإذا كانت الدنانير لا يصح الانتفاع بها مع بقاء أعيانها لم يصحّ أن تستأجر[4].

وإن كانت للنساء فلا فرق بين الدنانير والحليّ. وتقدم الدليل على حرمة ذلك على الذكور وإباحته للإناث في باب المباح.

* إيجار دار لتتخذ كنيسة أو مجمعاً لفساق أو خمّارة. ويفسخ عقد الإجارة متى اطلع عليه، ويتصدّق بالكراء ـ أي: الأجرة ـ إن اطلع على العقد بعد انقضاء مدّة الإجارة للدار، وبما ينوب الزمن الذي فسخت إليه، إن اطلع عليه في الأثناء[5]. وقد علّل وجوب التصدّق بالكراء بأنّه لا يحلّ للمكري؛ لأنّ المنافع المحرّمة لا تقابل بالأعواض، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حسّاً؛ وقيل أدباً له لا من أجل أنّه حرام[6].

(1) انظر المدونة: 3/ 401، الذخيرة: 5/ 396. أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في ثمن الخمر والميتة 3/ 756 حديث 3488.

(2) تهذيب الفروق، للشيخ محمد علي بن حسين، بهامش كتاب الفروق: 4/ 9.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 2/ 338. (4) المنتقى: 5/ 114.

(5) الشرح الكبير: 4/ 21.

(6) انظر المقدمات: 2/ 216، الذخيرة: 5/ 398.

* إيجار محلّ لذمّي يبيع فيه الخمر فيه؛ لأنّهم لم يعطوا العهد على إعلان الخمر. وأمّا على أن يرابي فيه فجائز إن رابى مثله من أهل الذمّة؛ لأنّه من دينهم على ما يعتقدون. فإن رابى المسلمين لم يؤاجر[1].

* استئجار الحائض والنفساء والجنب لكنس المسجد. وعلّة الحكم أنّ الحيض والنفاس والجنابة موانع من دخول المسجد، وتقدّم الدليل على المنع من ذلك في فصلي الغسل والحيض من باب الطهارة. وهذه المنفعة لا يمكن استيفاؤها من الأجير الجنب أو الحائض إلّا بعد ارتكاب محرّم، ولازم المحرّم محرّم. وكذلك باقي الأمثلة المحترز منها ومن مثلها، فإن التحريم مبني على تحريم المنفعة، وأن إجارتها يؤدّي إلى حرام، وكلّ ما أدّى إلى حرام فهو حرام[2].

4 ـ أن لا تكون المنفعة متضمّنة استيفاء عين ـ أي: ذات ـ قصداً. وهذا الشرط للاحتراز من استئجار شاة ـ مثلاً ـ لشرب لبنها، أو شجرة لأكل ثمرها؛ فإنّ المقصود في الإجارة إنّما هو شرب اللّبن وأكل الثمر؛ ولأجل هذا القصد ـ استيفاء اللّبن والثمر ـ منعت الإجارة. وعلة المنع من استئجار ما فيه استيفاء عين، كمثال اللبن والشجرة، أنّه بيع للمعدوم، وليس سلماً[3]. وخرج بذلك عن كونه إجارة. وفيه أيضاً أنّه يؤدّي في الشجر إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها[4]. وذكر ابن عرفة أنّ هذا الفرع غير مذكور لأهل المذهب في باب الإجارة، لوضوح حكمه في باب البيوع، وإنّما ذكره ابن شاس وابن الحاجب تبعاً للغزالي الشافعي، ولو رسموا المنفعة بما قلناه ما احتاجوا لذكره[5]. ويستثنى الرضاع كما يأتي.

ويشمل هذا الشرط ما يلي:

* ما ليس فيه استيفاء عين أصلاً، كإجارة دابّة لركوب أو حمل.

* ما فيه استيفاء عين لكن من غير قصد، كإجارة الشجر للتجفيف عليه، والثياب للبس؛ فإنّ فيه استيفاء عين، وهو ذهاب شيء منها بالاستعمال، لكنّ ذلك غير مقصود.

5 ـ أن لا تكون متعيّنة على المؤجّر. ومن ذلك ما يلي:

* العبادة المتعيّنة على المكلّف التي لا تقبل النيابة: ومعنى المتعيّن ما خوطب به كلّ مكلّف بانفراده، بحيث لا يصحّ وقوعه من غير من خوطب به؛ وهو يقابل الكفائي الذي إن قام به البعض سقط الحكم عن الباقي[6]. فلا يجوز أخذ الأجرة على الفرض

---

(1) الذخيرة: 5/ 397.
(2) انظر تنبيه الطالب: م4/ و185ظ.
(3) انظر الذخيرة: 5/ 407، المختصر الفقهي: م4/ 9ظ.
(4) التوضيح: و71ظ.
(5) المختصر الفقهي: م4/ 9ظ.
(6) انظر تنبيه الطالب: م4/ و185 وجهاً، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني عليه: 4/ 23، 24.

ولا على المندوب في الصلاة والصوم والحجّ والعمرة[1]. ودليل المنع أنّه يؤدّي إلى أكل أموال الناس بالباطل. والعلّة أنّها عبادة متعيّنة لا تقبل النيابة[2]. قال الشيخ خليل: لم تجز الإجارة هنا لأنّ من شرط العقد على المنفعة أن تحصل المنفعة للمستأجر، وإذا استؤجر على أن يصلّي ما وجب عليه أو يصوم ما وجب عليه، لم تحصل المنفعة للمستأجر[3].

والمتعيّن من غير الصّلاة والصّوم والحج والعمرة، كقراءة القرآن، فإنّه يجوز الإجارة عليه؛ والعلّة قبولها النيابة[4]. وذكر ابن فرحون أنّ جواز الإجارة على قراءة القرآن مبنيّ على وصول ثواب القرآن لمن قرئ من أجله كالميّت. ثمّ استدلّ على أنّ الراجح وصول ذلك. وقال ابن رشد الجد: إن قرأ وأهدى ثواب قراءته للميت جاز ذلك، وحصل أجره للميت ووصل إليه نفعه إن شاء الله تعالى.

ودليل جواز الإجارة على قراءة القرآن حديث أبي سعيد الخدري عن الرهط من أصحاب رسول الله ﷺ، أنّ أحدهم رقى سيّد حيّ من أحياء العرب بفاتحة الكتاب، وأنّه اشترط قطيعاً من الغنم، جعلا على ذلك؛ وفيه قوله ﷺ للرهط: «أصبتم، اقسموا واضربوا لي معكم بسهم»[5]. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ أباح الجعل الذي اشترط على الرقية بالقرآن[6].

* غسل الميت وحمله ودفنه على من تعيّنت عليه. فلا يجوز أخذ الأجرة على هذا الأمر المتعيّن. وأمّا إذا لم يتعيّن على أحد، بحيث كان فرض كفاية على كلّ واحد ممّن حضر، فيجوز الإجارة عليه.

* صلاة الجنازة ولو لم تتعيّن. فلا يجوز الاستئجار عليها. قال ابن فرحون: فإن قلت: صلاة الجنازة عبادة لا يتعيّن فعلها على أحد، لم لا يجوز الاستئجار عليها؟ قلت: لمّا كانت عبادة من جنس الصلاة المتميّزة بصورتها للعبادة، والصلاة لا تُفعل لغير العبادة، منع الاستئجار عليها؛ وأمّا الغسل فيكون للعبادة والنظافة، وكذا الحمل

---

(1) انظر منح الجليل: 7/ 495.

(2) انظر الفروق: 3/ 2، تنبيه الطالب: م4/و185 وجهاً، حاشية البناني على شرح الزرقاني: 4/ 23، 24.

(3) التوضيح: و73 وجهاً.

(4) انظر حاشية البناني على شرح الزرقاني: 4/ 23 ـ 24، شرح الخرشي على مختصر خليل: 5/ 255.

(5) البخاري في الإجارة، باب ما يعطى في الرقية؛ ومسلم في السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار.

(6) انظر البيان والتحصيل: 8/ 452، بداية المجتهد: 2/ 251، التحرير والتنوير: 25/ 138.

للميّت تشاركه في الصورة أشياء كثيرة من غير أنواع العبادة، فلم يتمحّض بصورته للعبادة، بخلاف صلاة الجنازة فألحقت بما أشبهته[1].

* الفتوى إذا تعيّنت على عالم؛ لعدم وجود غيره أو لعدم قبول غيره لجهله وقلّة ديانته؛ فلا تجوز له الإجارة وأخذ الأجرة عليها. واستثنى الإمام اللّخمي العالم المتعيّنة فيه الفتوى إذا لم يكن له رزق من بيت المال، أن يأخذ الأجرة على الفتوى. قال: والأجرة على الفتيا والقضاء رشوة. وأمّا إن لم تتعيّن الفتوى فيجوز له الأخذ وإن كان غير محتاج.

* الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وهما مثل صلاة الجنازة؛ لأنهما لما لم يفعلا لغير العبادة منع الاستئجار عليهما[2].

تعجيل الأجرة:

القاعدة عند ابن القاسم أنّ الأصل في الثمن في البيع هو الحلول، وأنّ الأصل في الأجرة في الإجارة هو التأجيل، إلّا في أربع مسائل يجب فيها تعجيل الأجرة، وهي:

1 ـ إذا شرط التعجيل، وكان الأجر غير معيّن.

2 ـ إذا اعتيد التعجيل، بأن كان العرف والعادة التعجيل، وكان الأجر غير معيّن. ووجه وجوب التعجيل إذا كان العادة ذلك، أنّ العادة تقوم مقام الشرط[3].

فهذا إذا كان الأجر في هاتين المسألتين غير معيّن، كما هو مذكور، كأن يقول المستأجر: أكرني دارك سنة لأسكنها بكذا؛ أو أرضك لأزرعها بكذا؛ أو دابّتك لأسافر عليها لمكّة ـ مثلاً ـ بكذا؛ وكانت الأجرة دنانير أو دراهم؛ لأنّ الدنانير والدراهم لا تتعيّن؛ أو كانت ثوباً موصوفاً في الذّمّة، أي: غير معيّن بهذا الثوب أو ذاك.

ووجوب تعجيل الأجر في شرط التعجيل واعتياد التعجيل يقضى به عند التنازع؛ فإن تراضيا على تأخيره جاز، والعقد صحيح في غير المسألة التي يلزم فيها ابتداء الدّين بالدّين. ووجه الجواز أنّ التعجيل لحَقّ الإنسان فقط. وهو إنّما كان لحقّ الإنسان فقط لعدم المانع الشرعي في التأخير. وظاهره لا فرق بين كون المنافع معينة أو مضمونة، ولكن سيأتي أنه إذا كانت المنافع مضمونة والأجر غير معين يجب أحد أمرين، إما التعجيل أو الشروع.

3 ـ إذا عُيّن الأجر، كهذا الثوب ـ أي: في العروض ـ؛ فإنّه يجب تعجيله، إن شُرط التعجيل أو كان العرف تعجيله. ويغتفر التأخير ثلاثة أيّام.

---

(1) انظر حاشية البناني على شرح الزرقاني: 4/ 23، 24.

(2) تهذيب الفروق: 4/ 19.

(3) تنبيه الطالب: م4 و177.

والتعجيل في هذه المسألة حقّ لله تعالى؛ لأنّه يلزم على تأخيره بيع معيّن يتأخر قبضه؛ وهو علّة منع التأخير فيه[1].

4 ـ إذا لم يتعيّن الأجر، أي: كان في الذمّة، والحال أنّه لم يجر عرف ولا يوجد شرط بالتعجيل؛ فإنّه يجب تعجيله إذا كان في منافع مضمونة في ذمّة المؤجّر لم يشرع فيها؛ كقوله: استأجرتك على فعل كذا، إن شئت عملته بنفسك أو بغيرك؛ وكاستأجرتك على أن تحملني على دوابّك لبلد كذا بدنانير ـ مثلاً ـ. والدليل على وجوب تعجيل الأجر إذا كان في منافع مضمونة في ذمّة المؤجّر لم يشرع فيها؛ القياس على السلم الثابت في الذّمّة، فلا يجوز إلّا بتعجيل رأس المال. وعلّة المنع في السَّلَم ما يلزم على تأخيره ابتداء الدّين بالدّين. والتعجيل في هذه المسألة حقّ لله تعالى[2].

فإن شرع فلا ضرر. وإن لم يشرع فيها وتأخّر الشروع أكثر من ثلاثة أيّام فلا يجوز، إلّا إذا عجّل جميع الأجرة، وإلّا لأدّى إلى ابتداء الدّين بالدّين؛ لأنّ ذمّته مشغولة لك بمنافع الدّابّة ـ مثلاً ـ، وذمّتك مشغولة بالدّراهم، وهي الأجرة.

وأمّا لو شرع في العمل أو السّير لجاز تأخير الأجر؛ لانتفاء الدّين بالدّين؛ بناء على أنّ قبض الأوائل قبض الأواخر. قال القاضي عبد الوهاب: لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه في الركوب، وتماديه فيه يقوم مقام استيفائه[3]. أي: إن قبض أوائل الركوب كقبض جميعه، إذ هو أكثر المقدور عليه في قبضه[4]. والقول بالجواز لأشهب، وهو المشهور. وقال ابن القاسم: لا بدّ من تعجيل جميع الأجرة ولو شرع؛ لأنّ قبض الأوائل عنده ليس قبضاً للأواخر. وقول أشهب مشهور مبنيّ على ضعيف.

وفي مثال الاستئجار على الحمل على دابّة، فإنّه لا بدّ من تعجيل جميع الأجرة إن لم يشرع، كما هو الحكم، سواء كان السفر قريباً أو بعيداً، وقع عقد الإجارة في إبّان السفر أو في غيره.

ويستثنى من ذلك مسألة، وهي إذا كانت مسافة السّفر بعيدة، حجّاً كان أو غيره، إذا وقع العقد في غير وقت سفر النّاس عادة، كما لو وقع عقد الكراء لحاجّ مع جمّال في مصر في رمضان أو في أوائل شوّال، فإنّ شأن المصريّ إنّما يسير في آخر شوّال؛ فيكفي تعجيل اليسير من الأجر، ولا يتعيّن تعجيل الجميع. وقد علّل الشيخ الدردير جواز عدم تعيّن تعجيل جميع الأجرة بالضرورة[5]؛ لأنّ تعجيل جميع الأجرة في مثل

---

(1) الشرح الصغير: 2/ 266، تنبيه الطالب: م4 و177، التوضيح: و68ظ.

(2) انظر المعونة: 2/ 1095، المقدمات: 2/ 187، البيان والتحصيل: 8/ 411، بداية المجتهد: 2/ 256، تنبيه الطالب: م4 و177، عدّة البروق: 553، الشرح الصغير: 2/ 266.

(3) المعونة: 2/ 1095.

(4) حاشية الرهوني: 5/ 3.

(5) انظر أيضاً: البيان والتحصيل: 9/ 90، شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 4.

ذلك يؤدّي إلى ضياع أموال النّاس بسبب هروب الجمّالين إذا قبضوا الأجرة[1]. وعلّله القاضي عبد الوهاب بالمصلحة، ورآها جامعة بين أصلين:

* أصل ابتداء الدين بالدين في جميع العقد، فيكون تقديم العربان مخرجاً عن ذلك، لما فيه من تعجّل الشيء من أحد الطرفين.

* أصل الخوف من الغرر، بضياع الأموال؛ لأنّ المكري قد ينتفع بالثمن ثمّ يخلف المستأجر، وقد جرت العادة بذلك من أصحاب الدواب. ثمّ يكون باقي الأجر كالوديعة أو كالرهن عند المكتري، حتى وفاء المكري[2].

وهذا الحكم على خلاف القياس، إذ القياس يقتضي عدم الجواز إلّا بتعجيل الأجر، قياساً على السلم الثابت في الذّمّة، فلا يجوز إلّا بتعجيل رأس المال[3].

وهذا إذا كانت الأجرة كثيرة، فيكفي تعجيل الدّينار والدّينارين. فإن كانت يسيرة في نفسها فلا بدّ من تعجيلها كلّها.

فعُلم ممّا تقدّم أنّه إن تأخّر الشروع أكثر من ثلاثة أيّام فلا بدّ من تعجيل الأجرة، وإلّا فسدت؛ إلّا أن يكون بعيداً فيكفي تعجيل اليسير منه للضرورة. وأمّا إن لم يتأخّر الشروع فيجوز تأخير الأجرة، لكن قال ابن رشد: إن كان العمل يسيراً؛ فإن كان كثيراً لا بدّ من التعجيل. وأقرّه الشيخ خليل في التوضيح. وعليه فلا يكون قبض الأوائل قبضاً للأواخر إلّا في اليسير.

تأجيل الأجرة:

إذا انتفت المسائل الأربعة، التي هي: تعيين الأجر، أو شرط تعجيله، أو جريان العرف بتعجيله، أو كانت المنافع مضمونة ولم يشرع فيها، فإنّه لا يجب تعجيل الأجر. ودليل عدم وجوب تعجيل الأجرة فيما عدا المسائل الأربعة، ما يلي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

ووجه الاستدلال أنّ الفاء في ﴿فَآتُوهُنَّ﴾ تفيد التعقيب، أي: الأمر بإيتاء الأجرة عقب استيفاء منفعة الإرضاع[4].

ب ـ قوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه»[5]. ومحلّ الاستدلال قوله: «قبل أن يجفّ عرقه» ويكون ذلك بعد الانتهاء من العمل. ووجه الاستدلال أنّ

---

(1) انظر أيضاً الذخيرة: 5/ 387، شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 4.

(2) انظر المعونة: 2/ 1095.

(3) انظر المقدمات: 2/ 187.

(4) انظر الذخيرة: 5/ 386.

(5) أخرجه ابن ماجه في الرهون، باب أجر الأجراء؛ والبيهقي في الإجارة، باب إثم من منع الأجير أجره، وله طرق صحّ بها انظر إرواء الغليل: 5/ 320.

الحديث حثّ على تعجيل الأجرة وقت استحقاقها، أي: بعد العمل، ومنع تأخيرها عنه؛ ولو كانت الأجرة تستحقّ وتعجّل بمجرّد العقد، لكان أمراً بتأخيرها، وذلك ينافي المقصود بالحديث[1].

ج ـ القياس على الثمن في البيع، وصورته: أنّ الأجرة في الإجارة عوض في عقد معاوضة محضة، فلم يلزم تسليمها بمجرّد العقد دون تسليم المعقود عليه، كالأثمان في البياعات[2].

ووجه الفرق بين جواز استئجار معيّن بتعجيل الأجرة أو تأجيلها، وعدم جواز استئجار المضمون إلا مع تعجيل الأجرة؛ لأن المعيّن لا يتعلق بالذمة، وإنما الحكم بعينه؛ لأنه لو هلك المعيّن لم يكن على ربه البدل، فلما كان لا يتعلق بالذمة فلا فرق بين أن يكون معجلاً أو مؤجلاً؛ بخلاف ما إذا كان مضموناً، فإنه لا بد من التعجيل مع العقد؛ لأن الأجرة إذا لم تعجل تمحض أن يكون ذلك ديناً بدين، كما تقدم ذكره، وذلك كالسلم لم يجز لحصول الدين بالدين، وإن عجل الثمن جاز أن يتأخر المثمن؛ لأن أحد الطرفين قد تعجل[3].

ويكون دفع الأجرة على النّحو التالي:

ـ إمّا موافقة، بحيث كلّما استوفى المستأجر من الأجير منفعة يوم، أو تمكّن من استيفائها لزمه أجرته. والمراد باليوم القطعة من الزّمن الصّادقة بالأكثر والأقلّ. وهذا عند المشاحّة في نحو أكرية الدّور أو إجارة بيع سلعة أو بناء. ووجه التفريق في مثل هذا، أنّ المدد فيها في حكم المبيع المتعدّدة[4].

ـ وإمّا بعد تمام العمل، كما لو أجّر أجيراً بشيء على بيع جميع السلع، أو على خياطة ثوب، أو خرز نعل، أو حمل شيء بسفينة. ووجه عدم التفريق هنا، أنّ الخياط أو صاحب السفينة لا يمكنه التسليم إلّا بعد الانتهاء من الخياطة أو البلاغ[5].

وجاز عند عدم المشاحّة التعجيل والتأخير، وهو الأصل في الإجارة.

ويجوز للصناع والأجراء منع تسليم ما عملوا حتى يقبضوا أجرهم، كالبائع في البيع؛ لأنهم بائعون لمنافعهم، وهم أحق به[6].

استقرار الأجرة بتمكن المستأجر من المنفعة المستأجرة:

إذا تسلم المستأجر الرقبة المستأجرة كدار ودابة، في المدة المعينة حتى انقضت،

---

(1) انظر الإشراف: 2/ 653، الذخيرة: 5/ 386.

(2) انظر الإشراف: 2/ 653، الذخيرة: 5/ 386.

(3) انظر التفريع لابن الجلاب: 2/ 184.

(4) انظر الذخيرة: 5/ 385.

(5) انظر الذخيرة: 5/ 386.

(6) انظر الذخيرة: 5/ 440.

وحبسها ولم ينتفع بها، لزمته الأجرة واستقرت عليه، إذ لا يلزم مالك الرقبة إلا التمكين وقد فعل، فتلزم المستأجر الأجرة[1].

نفقة ردّ الرقبة المستأجرة:

إذا استأجر رجل شيئاً مدّة معلومة فانقضت، كان عليه ردّها إلى صاحبها، ومؤنة الردّ عليه، والدليل: القياس على العارية؛ لأنّ الإجارة عقد قصد به الإذن في الانتفاع مدّة، فإذا زالت المدّة وجب على المنتفع الردّ ومؤنته عليه، أصله العارية[2].

فساد الإجارة:

تفسد الإجارة بما يلي:

1 ـ وقوعها بأجر معيّن، مع انتفاء عرف تعجيل الأجر المعيّن. وانتفاؤه شامل لجريان العرف بتأخيره، وبعدم العرف بتعجيل أو تأخير.

وعلّة الفساد أنّ فيه بيع معيّن يتأخّر قبضه، كما في المدوّنة. وأمّا التعليل بلزوم الدّين بالدّين، كالسَّلم، فلا يصحّ هنا؛ لأنّ المعيّنات لا تقبلها الذّمم. قال ابن عبد السلام الهواري التونسي في توجيه علّة الفساد هنا: «إنّ الكراء إذا انعقد على شيء من العروض المعيّنة، وكان عرف البلد عندهم تأخير العوض؛ فاختلف ابن القاسم وغيره في فساد عقد هذه الإجارة، فرأى ابن القاسم أنّ الحكم فساد العقد؛ لأنّ الفرض أنّ العرف التأخير، وهو مستلزم لبيع معيّن يتأخّر قبضه، والعرف عنده مقيّد للمطلقات، سواء عيّنها لنوع من الصحّة أو الفساد»[3].

ومثل هذا في الفساد، ما اشترط تأخيره للعلّة المذكورة، وهي السَّلم في معيّن.

وأمّا لو كان العرف تعجيل المعيّن صحّت، ووجب التعجيل أو اشتراط التعجيل، كما مرّ، أي: فإن عيّن الأجر وكان العرف تعجيله أو اشترط تعجيله[4] عند عدم وجود عرف بشيء، أو وجد عرف التأخير.

فإذا انتفى العرف بتعجيله فسدت الإجارة، ولو عجّل بالفعل بعد العقد. ولا تصحّ إلّا إذا شرط تعجيله وعجّل.

2 ـ وقوع الإجارة مع جُعْلٍ[5] صفقة واحدة؛ كأجرني دابّتك وائتني ببعيري الشارد بكذا؛ فتفسد الإجارة والجعل معاً. وعلّة الفساد تنافي أحكامهما؛ ووجه تنافي

(1) المعونة: 2/ 1093، تنبيه الطالب: 4/ 193.

(2) الإشراف: 2/ 664.

(3) تنبيه الطالب: م4 و178.

(4) أي: فمحلّ اشتراط التعجيل إن لم يكن عرف بشيء أو كان العرف التأخير.

(5) سيأتي تعريف الجعل في الباب الموالي لباب الإجارة.

أحكامهما أنّهما أصلان مفترقان، فافترقت أحكامهما[1]. وذلك كما يلي[2]:

أ ـ أنّ الجعالة غير لازمة بالعقد، بخلاف الإجارة فإنّها تلزم بالعقد.

ب ـ أنّ الجعالة يجوز فيها الغرر بجهل مقدار العمل، بخلاف الإجارة فلا يجوز فيها الغرر ويجب أن تكون المنفعة معلومة.

ج ـ أنّ الجعالة لا يجوز فيها الأجل، بخلاف الإجارة فيجوز فيها الأجل.

وكذا لا يصحّ اجتماع بيع مع جعل في صفقة. وذلك لتنافي أحكام البيع مع أحكام الجعل؛ فالتعليل الذي تقدّم في الإجارة مع الجعل يأتي هنا[3].

ووجه فساد البيع أو الإجارة مع الجعالة، دون الجعالة وحدها، أنّه لا يمكن أن يكون العقد الواحد صحيحاً في شيء وفاسداً في شيء آخر[4]. وأنّ الغرر الذي في الجعالة يصيّر البيع أو الإجارة غرراً[5].

3 ـ الاستئجار على أن تكون الأجرة بعض ما استؤجر عليه الأجير. ومن الأمثلة على ذلك ما يلي:

* أن يعطى السّلّاخ الجلد أجرة على السّلخ في حيوان مباح الأكل، فالإجارة فاسدة، وقعت قبل الذّبح أو بعده؛ لأنّه لا يستحقّ الجلد إلّا بعد السلخ، وهو لا يدري هل يخرج سليماً أو مقطّعاً، وفي أيّ جهة يكون القطع، وهل يكون رقيقاً أم لا، هذا هو المشهور. فعلّة المنع في هذا المثال الجهل بصفة الجلد بعد السلخ، وهو غرر ممنوع في الإجارة كالبيع، لاختلاف الأغراض فيه باختلاف هذه الصفات[6]. وأمّا لو استؤجر على جلد غيره مسلوخ معلوم جاز. ومثل الجلد اللّحم كلّاً أو بعضاً. وكذلك لا تجوز الإجارة على ذبحها بقطعة من لحمها.

وأمّا الاستئجار على السّلخ بالأكارع أو الرّأس، فإن كان قبل الذّبح لا يجوز، وإن كان بعده فيجوز.

وأمّا جلود مكروه الأكل ـ كالسباع ـ فيجوز بيعها وهي على ظهرها، قبل ذبحها وسلخها. والفرق بينها وبين جلود الأنعام أنّ ما يؤكل لحمه لا يحتاط في حفظ جلده عند سلخه، بخلاف ما يكره أكله فيحتاط في حفظه، ولهذا يجوز الاستئجار على ذبح السّبع

---

(1) المقدمات: 2/ 182، الذخيرة: 5/ 415، 435.

(2) انظر أيضاً التوضيح: و71ظ، عدة البروق: 550، الشرح الصغير: 2/ 268.

(3) انظر عدة البروق: 550، بلغة السالك: 2/ 268.

(4) انظر شرح عبد الباقي الزرقاني على المختصر: 5/ 5، حاشية علي العدوي على شرح الخرشي على المختصر: 5/ 219.

(5) انظر الذخيرة: 5/ 415.

(6) الذخيرة: 5/ 388، تنبيه الطالب: م4 و178،حاشية الدسوقي: 4/ 6، الشرح الصغير: 2/ 268.

لجلده. وكذلك علّل الفرق بأنّ المشتري قد ملكها قبل السلخ ويكون السلخ عليه[1].

* أن يعطى الطحّان النخالة أجرة. ومثله أن يعطى دارس الزرع الذي يدرس الزرع بنورجه وبهائمه، على أن يأخذ تبنه. وعلّة الفساد الجهل بقدر ما يخرج وصفته[2]. وذلك يشبه الجزاف غير المرئي[3]. وأمّا لو استؤجر الأجير بقدر معلوم من نخالة، أو استؤجر الدارس على قدر معلوم من التبن؛ فهو جائز.

* أن يعطى النسّاج جزء الثوب المنسوج أجرة على النسج، والدباغ جزء الجلد المدبوغ أجرة على الدبغ.

فيمنع ويفسخ للجهل بصفة خروجه وهو غرر[4]. وهذا راجع للجهل بصفة الأجر[5]. وللأجير المتقدّم أجرة مثله إن عمل، بأن سلخ الجلد أو طحن أو نسج الثوب أو دبغ الجلد، وليس له شيء من الجلد أو النخالة أو الثوب. ووجه كون الأجير له أجرة مثله إن عمل، أنّه دبغها على ملك ربّها[6].

وإن فسخ قبل العمل فليس له شيء من الأجر.

فإن عمل، وقلنا: ليس له إلّا أجر المثل، فإنّ المصنوع يكون لربّه ما لم يفت بيد الأجير. ووجه كون المصنوع لربّه فساد العقد بسبب الجهالة بحال المدبوغ[7].

فإن فات بيده بعد العمل ببيع أو تلف أو حوالة سوق، لزم صاحب الجلد أو الغزل أجرة المثل في دباغ جميع الجلد ونسج كلّ الغزل للأجير؛ ويغرم الأجير لصاحب الثوب أو الجلد قيمة ما جعل له، لوقوع الإجارة فيه فاسدة، وقد فات فيغرم قيمته مدبوغاً والباقي ملك لربّه.

* أن يعطي جزء الحيوان الرضيع أجراً لمن يرضعه. وعلّل الفساد بأن الرضيع قد يتغير، وقد يتعذّر رضاعه لموت أو غيره، ولا يلزمه خلفه، فيصير نقد الأجرة فيها كالنقد في الأمور المحتملة، بين السلامة وعدمها، ووجه صحة البيع والإجارة إذا اجتمعا في صفقة واحدة، انعدام العلّة التي من أجلها دخل الفساد عند اجتماع الإجارة مع الجعل في صفقة، واجتماع البيع مع الجعل في صفقة؛ وهي تنافي أحكام العقدين

---

(1) تنبيه الطالب: م4 و178.

(2) البيان والتحصيل: 8/ 457، تنبيه الطالب: م4 و178، الذخيرة: 5/ 389، الشرح الصغير: 2/ 268.

(3) شرح الخرشي على المختصر: 5/ 221.

(4) المعونة: 2/ 1101،البيان والتحصيل: 8/ 470، تنبيه الطالب: م4 و178، الذخيرة: 5/ 376، الشرح الصغير: 2/ 268.

(5) انظر المدونة: 3/ 390.

(6) الذخيرة: 5/ 376.

(7) الذخيرة: 5/ 376.

المجتمعين؛ أمّا أحكام الإجارة فهي متوافقة مع أحكام البيع، في الأركان والشروط غالباً[1]. قال الإمام مالك: لأنهما كنوع واحد[2]. وما يجعلهما كنوع واحد أن عقد البيع بيع أعيان وعقد الإجارة بيع منافع، ويقع ذلك فيهما في المعلوم دون المجهول[3]. وهو ممتنع.

* أن يعطى الأجير على حصاد زرع ودرسه نصف ما يخرج أو ثلثه، وكذا على درسه فقط، فذلك فاسد، وللأجير أجرة عمله إن عمل. ووجه الفساد الجهل بما يخرج من الحبّ، وهو غرر؛ لأنّ نصف الحبّ أو ثلثه مغيّب لا يدرى كم يخرج وكيف يخرج[4].

وأمّا على الاستئجار على الحصاد فقط بالنصف ونحوه فصحيح؛ لأنّ نصف الزرع المستأجر عليه مرئيّ[5].

والأمثلة المذكورة «السلّاخ، والطحّان، والدّارس، والنسّاج، والدبّاغ، والحصّاد» تدخل في قاعدة: «كلّ ما جاز لك أن تبيعه فلا بأس أن تستأجر به، وما لا يجوز لك أن تبيعه فلا يجوز لك أن تستأجر به». وهي من صياغة الإمام مالك رحمه الله تعالى[6].

4 ـ كراء أرض للزراعة بطعام، على اختلاف أصنافه، على النحو التالي:

* كان ممّا أنبتته كقمح.

* أو لم تنبته كلبن وسمن وعسل والشاة المذبوحة والحيوان الذي لا يراد إلّا للذبح كخصيّ المعز والسمك وطير الماء وكذلك الحيوان الذي يراد للبن.

* أو بما تنبته من غير الطعام، كقطن وكتّان، أي: شعرهما لا ثيابهما، وكزعفران وعصفر وتبن وحطب الذّرة.

وأمّا كراء أرض الزراعة لغير الزراعة بطعام وبما يخرج منها، فيجوز.

كما يجوز بيعها بالطعام وبما يخرج منها وإن لم يكن طعاماً، فالنهي قاصر على الكراء، لا على البيع.

وكذلك فإنّ كراء الدّور والحوانيت بالطعام جائز، والدليل هو الإجماع.

---

(1) انظر المقدمات: 2/ 182، الذخيرة: 5/ 415، بلغة السالك لأقرب المسالك، للشيخ أحمد الصاوي: 2/ 268.

(2) الفائق في الأحكام والوثائق لابن راشد القفصي: مخ رقم6154 م4 و2و.

(3) انظر عدة البروق: 550.

(4) تنبيه الطالب: م4و180، الشرح الصغير: 2/ 268 وحاشية الصاوي: 2/ 269.

(5) حاشية الصاوي: 2/ 269.

(6) المدونة: 3/ 390، شرح الخرشي على المختصر: 5/ 221، شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 5.

ودليل منع كراء الأرض بالطعام، سواء كان ممّا أنبتته أم لا، أو بما أنبتته من غير الطعام؛ ما جاء من النهي عن المحاقلة والمخابرة، وذلك كما يلي:

الأول: عن أبي سعيد الخدري أنّ رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة. والمزابنة اشتراء الثَّمَر بالتَّمْر في رؤوس النخل، والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة[1].

الثاني: عن عطاء عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة، وعن بيع الثمر حتّى يبدو صلاحه، ولا يباع إلّا بالدينار والدرهم إلّا العرايا. قال عطاء: فسّر لنا جابر قال: أمّا المخابرة، فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها، ثمّ يأخذ من الثّمر. وزعم أنّ المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً؛ والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك، يبيع الزرع بالحبّ كيلاً[2].

وفي رواية، أنّ جابراً قال: والمخابرة الثلث والربع وأشباه ذلك[3].

الثالث: عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيّب، أنّ رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة. والمزابنة اشتراء الثَّمَر بالتّمْر؛ والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة، واستكراء الأرض بالحنطة. قال ابن شهاب: فسألت سعيد بن المسيّب عن استكراء الأرض بالذهب والفضّة، فقال: لا بأس بذلك[4].

والمحاقلة ـ لغة ـ صيغة مفاعلة، من حقل أي: زرع. والحقل الزرع. وللمحاقلة في اللغة[5] معان يتّفق بعضها مع المعنى الشرعي الذي فسّرها به أبو سعيد الخدري وجابر بن عبد الله وسعيد ابن المسيّب، فهي على معنيين:

الأول: كراء الأرض بالحنطة، أي: القمح. ويلحق بالحنطة سائر أنواع الطعام؛ لأنّها في معناها. وقد نصّ النبيّ ﷺ في الحديثين الرابع والخامس الآتيين على الطعام، فيحمل اللّفظ على عمومه، لعدم وجود مخصّص.

الثاني: اشتراء الزرع القائم بالحنطة[6].

---

(1) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة، والبخاري في البيوع، باب بيع المزابنة، ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(2) حديث جابر أخرجه مسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة؛ وأخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة، بلفظ: «نهى النبي ﷺ عن بيع الثمر يطيب، ولا يباع شيء منه إلا بالدينار والدرهم، إلا العرايا». البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة.

(3) مسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة.

(4) الموطأ في البيوع، باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة.

(5) انظر لسان العرب حرف الحاء.

(6) انظر المعونة: 2/ 1139، المنتقى: 4/ 246، المقدمات: 2/ 226، المعلم: 2/ 262، المفهم: 5/ 2731، الذخيرة: 5/ 392، إكمال الإكمال: 5/ 367.

على أنّ التفسير الثاني داخل في مسمّى المزابنة الواقع على عدّة أنواع، يجمعها معنى بيع مجهول بمجهول من جنسه؛ وأحد أنواعها اشتراء الزرع القائم بالحنطة، الذي يدخل في مسمّى المحاقلة[1].

وقد تقدّم الحديث عن المزابنة في باب البيع، في ما نهى عنه الشرع في البيع.

وأمّا المخابرة، فقد اختلف أهل اللغة في اشتقاقها؛ فقيل: من الخبير، والخبير الأكّار، والأكّار الفلّاح. وقيل: من الخُبرة ـ بضمّ الخاء ـ وهو النصيب. وقيل: من خيبر؛ لأنّ أوّل هذه المعاملة كان بها. وقد فسّروا المخابرة بما فسّرها به جابر بن عبد الله في الحديث الثاني المتقدّم؛ وهي كراء الأرض بجزء ممّا يخرج منها، كالثلث والربع، سواء كان ما تخرجه طعاماً أو غير طعام، وهو معنى ما جاء في الحديثين الرابع والخامس الآتيين عن رافع بن خديج من قول النبي ﷺ: «ولا يكارها بثلث ولا ربع»[2].

وما تقدّم من تفسير الصحابة للمحاقلة والمخابرة، إمّا أن يكون منقولاً عن النّبي ﷺ، فلا يعارض بقول أحد من البشر في لغة ولا شرع؛ وإمّا أن يكون من قول الصحابة، فهم أعلم بالحال وأقعد بالمقال[3].

وما جاء من تفسير أهل اللغة للمخابرة من أنّها مشتقّة من خيبر، لما روى ابن عمر أنّ النّبيّ ﷺ أعطى خيبر اليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها[4] هو اشتقاق معترض عليه؛ لأنّ ما فعله النّبيّ ﷺ مع اليهود ليس من المخابرة المنهي عنها هنا، بل من المساقاة المستثناة من أصول ممنوعة، من بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها، ومن الغرر في عمل العامل ومن الاستئجار بأجر مجهول[5] وقد تقدّم القول في أدلّة مشروعيتها في باب المساقاة.

الثالث: عن رافع بن خديج قال: كنّا نحاقل الأرض على عهد رسول الله ﷺ، فنكريها بالثلث والربع والطعام المسمّى؛ فجاءنا ذات يوم رجل من عمومتي، فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا؛ نهى أن نحاقل بالأرض فنكريها على الثلث والربع والطعام المسمّى؛ وأمر ربّ الأرض أن يَزرَعها أو يُزرعها، وكره كراءها وما سوى ذلك[6].

---

(1) انظر المنتقى 4/ 246، المفهم: 5/ 2731.

(2) انظر قاموس المحيط: حرف الراء، لسان العرب: حرف الخاء، المعونة: 2/ 1139، المنتقى: 5/ 132، المقدمات: 2/ 222، 259، المفهم: 5/ 2731، إكمال الإكمال: 5/ 379.

(3) انظر المنتقى: 4/ 264، المفهم: 5/ 2751.

(4) البخاري في المزارعة، باب المزارعة مع اليهود؛ مسلم في المساقاة، باب.

(5) انظر المقدّمات: 2/ 547، إكمال الإكمال: 5/ 379.

(6) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة؛ مسلم =

الرابع: عن رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه، ولا يكاريها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمّى»[1].

الخامس: عن جابر قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النّبيّ ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها، فإن لم يفعل فليمسك أرضه»[2].

وفي الأحاديث الثالث والرابع والخامس من روايتي رافع وجابر، النهي عن المحاقلة والمخابرة بما يدلّ عليهما، وهو الكراء بالثلث والربع والطعام المسمّى[3].

السادس: عن حنظلة بن قيس قال: سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذّهب والورق؟ فقال: لا بأس به؛ إنّما كان النّاس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بالماذيَانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فلم يكن للنّاس كراء إلّا هذا؛ فلذلك نهى عنه. فأمّا شيء معلوم مضمون فلا بأس به[4].

ومعنى هذا أنّ صاحب الأرض كان يؤاجر أرضه على أن له ما ينبت على الماذيانات، أي: حافتي الأنهار، وعلى أقبال الجداول أي: أفواهها؛ بمعنى أنّه يؤاجر الأرض بالجزء ممّا تخرجه في أماكن معيّنة؛ وهذه هي المخابرة المنهي عنها[5].

وعلّة المنع من المحاقلة الرّبا، وذلك أنّ الأرض تكرى ليخرج منها الطعام، وهو المنفعة المقصودة منها، فأعطي حكمها - أي: المنفعة - حكم ما يخرج منها، فمنع أن تكرى بطعام؛ لأنّه يؤول إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة؛ لأنّ المكتري يدفع طعاماً ويصل إليه من منفعة الأرض طعاماً[6]. ويشهد لصحّة هذه العلّة ما روي عن رافع بن خديج أنّه زرع أرضاً، فمرّ به النّبيّ ﷺ وهو يسقيها، فسأله: «لمن الزرع، ولمن الأرض؟» فقال: زرعي ببذري وعملي، لي الشطر ولبني فلان الشطر. فقال النبيّ ﷺ: «أربيتما، فردّ

= في البيوع، باب كراء الأرض بالطعام، واللفظ لمسلم.

(1) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود في البيوع، باب في التشديد في المزارعة؛ وأصله في البخاري ومسلم عن رافع في الحديث السابق، وعن جابر في الحديث الآتي.

(2) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة؛ مسلم في البيوع، باب في كراء الأرض.

(3) انظر الإشراف: 2/ 650، المنتقى: 5/ 132.

(4) البخاري في المزارعة، باب ما يكره من الشروط في المزارعة؛ ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق، واللفظ لمسلم.

(5) انظر المقدّمات: 2/ 225، المفهم: 5/ 2751، إكمال الإكمال: 5/ 389.

(6) انظر الإشراف: 2/ 650، المنتقى: 4/ 246 و5/ 133، المقدّمات: 2/ 222، بداية المجتهد: 2/ 250، المفهم: 5/ 2740، إكمال الإكمال: 5/ 394.

الأرض على أهلها وخذ نفقتك»[1]. فهذا صريح في أنّ ذلك من الرّبا[2].

وللمنع من المحاقلة علّة أخرى، وهي الغرر والمزابنة[3].

وكذلك فإنّ العلّة من منع المخابرة هي الغرر والمزابنة؛ لأنّ ما ذكر في الروايات من اشتراط ناحية من الأرض، أو اشتراط ما زرع على الجداول والسواقي، أو اشتراط الجزء ممّا تخرج الأرض، أو كرائها بالطعام والأوسق من التمر؛ كلّ ذلك يؤدّي إلى الجهل بالعوض، إذ لا يعرف قدره، فقد يكثر وقد يقلّ وقد يتلف[4]. ويشهد لصحّة علّة الغرر، ما جاء في بعض روايات رافع من التصريح بعلّة النهي، في قوله: إنّما كان النّاس يؤاجرون، على عهد رسول الله ﷺ، على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فلذلك نهى عنه. فالإشارة التي في قوله: «فيهلك هذا ويسلم هذا» مراد بها ما اشترطه صاحب الأرض لنفسه من الزرع كراء عن الأرض، وما ترك للمستأجر؛ وما يؤدّي ذلك إلى الوقوع في المخاطرة، بهلاك الزرع أو بعضه، فلا يحصل للمتعاقدين أو لأحدهما العوض الذي يستحقّه[5].

السابع: قياس اللحم واللبن ونحوهما، ممّا لا تنبته الأرض من الطعام، على القمح، بعلّة الطعمية[6]. وهذا الدليل خاصّ بكراء الأرض بطعام لا تنبته الأرض.

وأمّا دليل منع كراء الأرض بما تنبته من غير الطعام، كالقطن والكتّان، فذكر القاضي عبد الوهاب[7] أنّه النهي الوارد عن كرائها ببعض ما يخرج منها، والقياس على ما إذا اشترط الثلث والربع. أي: لما في ذلك من علّة المنع من المخابرة، وهي المزابنة. على أنّ الشيخ الدردير في شرح أقرب المسالك[8] ضعّف هذه العلّة. وذكر الشيخ الدسوقي أنّ التعليل بها يتّجه إذا كان العوضان من جنس واحد[9]، أي: حيث دفع مستأجر الأرض لصاحبها كراء معلوماً، ممّا تنبته من غير الطعام، وكان من جنس

---

(1) أبو داود في البيوع، باب في التشديد في المزارعة؛ وقال المنذري: في إسناده بكير بن عامر البجلي الكوفي، وقد تكلم فيه غير واحد.

(2) المفهم: 5/ 2740.

(3) انظر المعونة: 2/ 1139، المنتقى: 5/ 132، المقدّمات: 2/ 222، 225. وتقدّم بيان معنى الغرر والمزابنة في البيع في ما نهى عنه الشرع من البيوع. والغرر هو البيع المتضمّن للجهل بالثمن أو المثمن أو الأجل. والمزابنة بيع مجهول وزناً أو كيلاً أو عدداً بمعلوم قدره من جنسه، كان ربوياً أو غيره؛ أو بيعه بمجهول من جنسه.

(4) انظر المعونة: 2/ 1139، المنتقى: 5/ 132، المقدّمات: 2/ 222، 225، المفهم: 5/ 2751، إكمال الإكمال: 5/ 396.

(5) المقدّمات: 2/ 225، إكمال الإكمال: 5/ 389، 396.

(6) المنتقى: 5/ 133.

(7) المعونة: 2/ 1140.

(8) شرح أقرب المسالك: 2/ 269.

(9) انظر الشرح الكبير: 4/ 7.

ما سيزرعه فيها، المجهول القدر عند خروجه[1]. وذكر صاحب «المفهم» أنّ دليل هذا الفرع هو سدّ الذريعة[2].

والمراد بالقطن والكتّان الذين يمنع كراء الأرض بهما ما ينبت منهما، لا ما يصنع منهما من ثياب. ووجه جواز كراء الأرض بالثياب، مع كونها مصنوعة من القطن والكتّان، أنّهما قد استحالا عن أصل خلقتهما، وأصبحا ممّا لا تنبتهما الأرض[3].

وأمّا كراء أرض الزراعة بالذهب والفضّة والرصاص والنحاس والكبريت والمغرة، ونحو ذلك من سائر المعادن والعروض، فيجوز. ويستثنى الملح فلا يجوز كراء أرض الزراعة به، وأمّا أرض الملاحة فيجوز كراؤها به. ودليل الجواز في الذهب والفضّة ما يلي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 274].

ووجه الاستدلال من الآية أنّها عامّة في كلّ بيع، والإجارة بيع المنافع[4].

ب ـ عن حنظلة بن قيس أنّه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض؟ فقال: نهى رسول الله ﷺ عن كراء المزارع. قال، قلت: بالذهب والفضّة؟ قال: أمّا الذهب والورق فلا بأس به[5].

ج ـ عن رافع بن خديج قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة، وقال: «إنما يزرع ثلاثة؛ رجل له أرض فهو يزرعها، ورجل منح أرضاً فهو يزرع ما منح، ورجل استكرى أرضاً بذهب أو فضة»[6].

ويدلّ الحديثان على جواز كراء الأرض بالذهب والفضّة[7].

د ـ عن عطاء عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة؛ وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا يباع إلّا بالدينار والدرهم، إلّا العرايا[8].

ووجه الاستدلال بالحديث أنّ الاستثناء الذي في قوله: «إلّا بالدينار والدرهم»

---

(1) انظر الصاوي: 2/ 269. (2) المفهم: 5/ 2740.
(3) انظر المنتقى: 5/ 133، منح الجليل لعلّيش: 7/ 447.
(4) انظر المعونة: 2/ 1139.
(5) مالك في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض؛ البخاري في المزارعة، باب كراء الأرض بالذهب والفضة؛ ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق.
(6) أبو داود في البيوع، باب في التشديد في المزارعة؛ النسائي في المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض؛ ابن ماجه في الرهون، باب المزارعة بالثلث والربع.
(7) انظر المعونة: 2/ 1139، المنتقى: 5/ 143، المقدمات: 2/ 223، بداية المجتهد: 2/ 249.
(8) مسلم في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة.

راجع للمحاقلة والمزابنة؛ على اعتبار أنّ الحديث فيه تقديم وتأخير، ذلك أنّ سياقه يقتضي جواز بيع الثمرة قبل طيبها بالدراهم أو الدنانير، وذلك لا يجوز باتفاق، فلا يصحّ أن يكون الاستثناء من بيع الثمرة بوجه، وإنّما يصحّ رجوعه للمحاقلة والمزابنة، فيكون هي التي نهي عن بيعها إلّا بالذهب والفضّة[1].

هـ ـ عن ابن شهاب أنّه قال: سألت سالم بن عبد الله عن كراء المزارع؟ فقال: لا بأس بالذهب والورق[2].

و ـ عن ابن شهاب أنّه قال: سألت سعيد ابن المسيّب عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال: لا بأس به[3].

وعلّة جواز كراء الأرض بالذهب والفضّة أنّ شأنها أنّها تنبت بنفسها في الأرض ويطول مكثها فيها. وهي العلّة التي ألحق من أجلها سائر المعادن بحكم الذهب والفضّة[4].

وأمّا دليل العروض، فهو:

أ ـ قياس الحيوان والعروض التي لا تنبتها الأرض على الذهب والفضّة، المنصوص عليهما، للعلّة الجامعة بينهما. وصورة القياس أنّ الكراء بالعروض المعلومة كراء بثمن معلوم، لا غرر فيه ولا مزابنة ولا محاقلة ولا مخابرة فجاز، أصله الكراء بالدنانير والدراهم، وهي لا غرر فيها ولا مزابنة ولا محاقلة ولا مخابرة[5].

ب ـ قياس إجارة الأرض على إجارة العقار. قال صاحب المفهم: هو من أقوى القياس؛ لأنه في معنى الأصل[6].

ج ـ قياس الأرض على الرواحل؛ لأنّ ما جاز استئجاره بالذهب والفضّة، جاز استئجاره بالعروض كالرواحل[7].

د ـ الكلّية الفقهية، وهي: إنّ كلّ ما جاز بيعه جازت الإجارة به[8].

وكذلك يجوز كراء أرض الزراعة بما يطول مكثه حتّى يعدّ كأنّه أجنبيّ منها، وذلك كالخشب والعود الهنديّ والصندل والحطب والقصب الفارسيّ. وقد علّلوا جواز كراء الأرض بذلك بأمور، هي:

أ ـ أنّها ممّا يطول مكثها ووقتها، ومن أجل ذلك سهّل فيها. وهو تعليل الإمام

(1) انظر المفهم: 5/ 2732.
(2) مالك في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض.
(3) مالك في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض.
(4) انظر حاشية الصاوي: 2/ 269.
(5) انظر المقدمات: 2/ 226 ـ 228.
(6) انظر المفهم: 5/ 2738.
(7) انظر المنتقى: 5/ 143.
(8) انظر المعونة: 2/ 1139.

سحنون[1]. أي: إنّها اعتبرت من جنس الأرض؛ لأنّها تتبعها بمجرّد العقد، فيكون مستأجر الأرض بها كأنّه استأجرها بأرض أخرى[2].

ب ـ أنّها ليست ممّا تزرع[3].

ج ـ أنّها تنبت في الأرض بغير علاج غالباً[4].

د ـ أنّ القصد من كراء الأرض الزراعة، وهي ليست ممّا يقصد كراء الأرض لأجل زرعه[5]. أي: لطول وقت حصوله.

وما جاء في حديث رافع من ورود أداة الحصر «إنّما»، وهي تفيد قصر جواز كراء الأرض على الذهب والفضّة، وقد قال بعض الفقهاء: إنّه لا يجوز أن يتعدّى هذا الحديث، لما فيه من البيان. وقد ردّ ابن رشد الجدّ على ذلك بأنّ البيان في هذا الحديث إنّما هو في إجازة كراء الأرض بالذهب والفضّة؛ وأمّا في المنع من كرائها بكلّ ما عدا ذلك من العروض فلا؛ لأنّ لفظ «إنّما» لا ترد إلّا على سبب، فهي تنفي الحكم عن السبب الذي وردت من أجله، وتحقّقه في المنصوص عليه، ولا تدلّ على نفيه عمّا سواه. وذلك كأن يقال: إنّما النبيّ محمّد ﷺ، وإنّما الكريم يوسف ﵇، وإنّما الشجاع عمرو؛ فلا ينفي ذلك النبوّة عن غير النبيّ ﷺ، ولا الكرم عن غير يوسف ﵇، ولا الشجاعة عن غير عمرو؛ وإنّما تحقّق ذلك لهم وتنفيه عمّن كان سبباً لوروده، فكذلك هذه المسألة[6].

وما روي عن جابر بن عبد الله أنّ رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض[7]. وعنه أيضاً أنّ رسول الله ﷺ قال: «من كانت له أرضاً فليزرعها، فإن لم يستطع أن يزرعها وعجز عنها، فليمنحها أخاه المسلم، ولا يؤاجرها إيّاه»[8] وقد جاءت الروايات بهذا المعنى متعدّدة عن جابر بن عبد الله ورافع بن خديج وأبي هريرة وأبي سعيد الخدري ﵃[9]. وهي أحاديث تدلّ بلفظها العام على النهي عن كراء الأرض أصلاً، كان بذهب وفضّة أو بغير ذلك[10].

---

(1) انظر شرح ابن عبد السلام: م4/ و179، الذخيرة: 5/ 392، منح الجليل: 7/ 447.

(2) انظر المنتقى: 5/ 133.

(3) انظر المعونة: 2/ 1139، المنتقى: 5/ 133. (4) انظر الذخيرة: 5/ 393.

(5) انظر المعونة: 2/ 1139. (6) انظر المقدمات: 2/ 226 ـ 228.

(7) مسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(8) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة؛ مسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(9) انظر البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة؛ ومسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(10) انظر المقدمات: 2/ 223، بداية المجتهد: 2/ 249، المفهم: 5/ 2737.

وقد ذكر علماء المذهب أنّ النهي فيها لا يحمل على عمومه، بل يقصر على سببه الذي خرج عليه. وسببه هو ما دلّت عليه أحاديث النهي عن المحاقلة والمخابرة من رواية رافع بن خديج وجابر بن عبد الله المتقدمة. وقيل في سبب النهي غير ذلك، وهو ما روي عن زيد بن ثابت أنّه قال: يغفر الله لرافع بن خديج، أنا والله أعلم بالحديث منه. إنما أتى رسول الله ﷺ رجلان من الأنصار قد اقتتلا، فقال رسول الله ﷺ: «إن كان هذا شأنكم، فلا تكروا المزارع» فسمع رافع قوله: «فلا تكروا المزارع»[1].

ووجه قصر النهي عل سببه، مع أنّ الأصحّ أنّ اللفظ العام المستقلّ بنفسه الوارد على سبب، أنّه يحمل على عمومه ولا يقصر على سببه؛ أنّ نهيه ﷺ عن كراء الأرض قد دخله التخصيص ولم يترك على عمومه، وذلك بما جاء في الروايات من نصّ النبيّ ﷺ على جواز الكراء بالذهب والفضّة؛ فإجازته ﷺ كراء الأرض بالذهب والفضّة مخصّص لعموم النهي عن، وذلك دليل على قصر النهي العام على سببه، وأنّ الشارع غير قاصد عمومه[2]. وهذا ما فهمه سالم بن عبد الله، فقد قال ابن شهاب الزهري: سألت سالم بن عبد الله عن كراء المزارع، فقال: لا بأس بالذهب والورق، قال ابن شهاب، فقلت له: أرأيت الحديث الذي يذكر عن رافع بن خديج؟ فقال: أكثر رافع، ولو كان لي مزرعة أكريتها[3]. قال الإمام الباجي في معنى قول سالم «أكثر رافع»: يريد أنّه روى من النّهي ما منع منه وما لم يمنع، وأنّ النّهي إنّما توجّه إلى منفعة بغير الذهب والورق، لكن رواه بلفظ العموم أو نقل اللفظ على ما سمعه ولم ينقل معه ما يمنع حمله على العموم، من العرف والعادة أو ما يوجب التخصيص ويدلّ عليه[4].

على أنّ رافعاً وجابراً الذين رويا عموم النهي عن كراء المزارع، هما من أخبرا بأنّ ذلك مقصور على غير الذهب والفضّة[5].

وما روي عن نافع، أنّ ابن عمر كان يكري مزارعه على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وصدراً من خلافة معاوية، ثمّ حُدّث عن رافع بن خديج أنّ النبيّ ﷺ نهى عن كراء المزارع، فذهب ابن عمر إلى رافع فسأله ابن عمر، فقال له: نهى النّبيّ ﷺ عن كراء المزارع، فقال ابن عمر: قد علمتَ أنّا كنّا نكري مزارعنا على عهد رسول الله ﷺ، بما على الأربعاء[6] وبشيء من التبن[7]. وفي رواية لسالم بن عبد الله بن

---

(1) أبو داود في البيوع، باب في المزارعة؛ النسائي في المزارعة، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض؛ ابن ماجه في الرهون، باب ما يكره من المزارعة.

(2) انظر المقدّمات: 2/ 226 ـ 228.

(3) مالك في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض.

(4) المنتقى: 5/ 143.

(5) انظر المنتقى: 5/ 143.

(6) الأربعاء: الجداول، جمع ربيع.

(7) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة =

عمر أنّ عبد الله بن عمر خشي أن يكون رسول الله ﷺ أحدث في ذلك شيئاً لم يكن علمه، فترك كراء الأرض[1]. أي: إنّ ابن عمر كان يكري أرضه في عهد رسول الله ﷺ كغيره من الصحابة، على ما يزرع على جوانب الجداول والأنهار، أي: مخابرة؛ واستمرّ ابن عمر على ذلك إلى عهد إمارة معاوية. وقد حمل فعله لذلك على أنّه لم يكن يعلم بنهي النبيّ ﷺ، لا على أنّ النّبي ﷺ كان يعلم بفعله وأنّه أقرّه عليه؛ لأنّ صنيعه هو نفس ما نهى عنه النّبي ﷺ، بدليل أنّ ابن عمر امتنع من فعله بعد ما بلغه النهي من رافع[2]. وأمّا تركه لكراء الأرض بعد ذلك، فيحتمل أنّه امتنع فقط ممّا كان يفعل من المخابرة والمحاقلة، دون الامتناع من الكراء بغير ذلك، على ما جوّزه ابنه سالم من الكراء بالذهب والفضّة؛ كما يحتمل أنّه امتنع من الكراء جملة، خشية أن يكون حدث من النّبي ﷺ نهي عام[3]. على أنّ بعض فقهاء المذهب حمل تركه للكراء جملة على الورع، كما ذهب إلى ذلك صاحب «المفهم»، ورأى أنّ كلام ابن عمر يظهر منه أنّه كان متوقّفاً في خبر رافع، غير جازم بالتحريم[4]. وذهب الإمام الأبّيّ إلى أنّ تركه كان على سبيل الوجوب، التزاماً منه بالعمل بخبر العدل الواحد[5]. ويمكن الجمع بين التأويلين بأنّ تركه للمحاقلة والمخابرة كان وجوباً تصديقاً لرافع، على ما ذهب إليه الأبّيّ من التزامه بالعمل بالخبر الواحد؛ وأنّ تركه لكراء الأرض على الوجه الجائز، إن كان تركه، فهو على جهة الورع، كما ذهب إلى ذلك صاحب «المفهم»، أو هو على جهة المواساة كما سينحو كلّ من القاضي عياض والإمام ابن عاشور بتأويل النهي إلي ذلك، إذا حمل على عمومه. فقد رأى القاضي عياض أنّ النهي محمول على طلب أن يرفق المسلمون ببعضهم، ويواسي بعضهم بعضاً[6]. مستدلّاً بقول ابن عبّاس: إنّ رسول الله ﷺ لم يحرّم المزارعة، ولكن أمر أن يُرفق بعضهم ببعض[7]. وعلى هذا التأويل فالمطلوب أن تمنح الأرض دون كراء على سبيل المنيحة والعطية والحثّ على فعل الخير؛ والطلب الشرعي إذا كان هذا شأنه، فهو طلب إرشاد يرجع إلى التبرّعات، والتبرّعات مندوبة غير واجبة؛ لأنّها في مرتبة التحسيني، فلا تبلغ مبلغ الوجوب، ولا النهي يبلغ مبلغ الحرمة.

= والثمرة؛ مسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(1) البخاري في المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة؛ مسلم في البيوع، باب كراء الأرض.

(2) انظر المنتقى: 5/ 143.

(3) انظر المنتقى: 5/ 144.

(4) انظر المفهم: 5/ 2741.

(5) إكمال الإكمال: 5/ 387.

(6) إكمال الإكمال: 5/ 396.

(7) الترمذي في الأحكام، باب من المزارعة. وقال: حديث حسن صحيح.

وقد لاحظ الشيخ محمّد الطاهر بن عاشور ما في الأمر بمنح الأرض والنهي عن كرائها، من السموّ في أعلى مقامات الكمال، ما لا يمكن حمل جميع الأمّة عليه؛ فجعله خاصّاً بالصحابة رضوان الله عليهم. ورأى أنّ هذا الأمر من تصرّفات النّبيّ ﷺ الرّاجعة إلى تكميل نفوس أصحابه، وحملهم على ما يليق بجلال مرتبتهم في الدّين، من الاتصاف بأكمل الأحوال، ممّا لو حمل عليه جميع الأمّة لكان حرجاً عليهم[1].

5 ـ الإجارة على حمل شيء ـ طعام أو غيره ـ لبلد بعيد لا يجوز تأخير قبض المعيّن إليه، ـ على ما تقدم تفصيله ـ بجزء منه. وعلّة الفساد ما فيه من بيع معيّن يتأخر قبضه[2]. فإن وقع فللأجير أجر مثله والشيء المحمول يكون كله لربّه. إلّا أن يقبض الأجير الجزء المستأجر به حين العقد، أي: وقع بشرط تعجيله، أو كان العرف تعجيله فيجوز. فإن لم يكن العرف التعجيل ولم يشترط التعجيل فسدت الإجارة ولو عجّل.

6 ـ الإجارة على فعل شيء في زمن محدد بأجرة محددة، فإنّ لم يفعله في ذلك الزمن تكون الأجرة أقل. ومثال ذلك: إن خطت هذا الثوب اليوم أو نجرت هذا الباب أو كتبت هذا الكتاب اليوم أو في هذه الجمعة أو هذا الشهر فلك كذا من الأجر؛ وإلّا فلك أقل، أي: بأن خاطه أو نجره أو كتبه في أكثر من المدّة المحددة، فالإجارة فاسدة للجهل بقدر الأجرة، كذا علّل الشيخ الدردير الفساد[3]. وعلّله القاضي عبد الوهاب وغيره[4] بأنّ ذلك من باب بيعتين في بيعة المنهي عنه، ودليل النهي: ما روي عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة[5]. والتعليلان مذكوران في المدونة[6].

فإن وقع فله أجر مثله ولو زاد على المسمّى، فعل المطلوب من الخياطة أو النجارة أو الكتابة في المدة المحدّدة أو أكثر.

واعلم أنّ محلّ فساد هذه الصورة إذا وقع العقد على الإلزام، ولو لأحد المتعاقدين. فإن كان الخيار لكلّ منهما جاز. وذلك لأن الغرر لا يعتبر مع الخيار؛ لأنّه إذا اختار أمراً فكأنّه ما عقد إلا عليه؛ لأن عقد الخيار منحلّ. وأمّا دفع دارهم بعد العقد زيادة على الأجرة ليسرع له بالعمل فذلك جائز. فإنّ أسرع الأجير فاز بالزيادة، وإلّا فله الرجوع عليه لأنّه على شرط لم يتم.

---

(1) انظر مقاصد الشريعة: ص35 ـ 36.

(2) الذخيرة: 5/ 381، الشرح الصغير: 2/ 269.

(3) وانظر أيضاً المختصر الفقهي: م4/ و2ظ.

(4) الإشراف: 2/ 657، المقدمات: 2/ 169، الذخيرة: 5/ 377، شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 8.

(5) مالك في البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في بيعتين في بيعة؛ والنسائي في البيوع، باب بيعتين في بيعة.

(6) انظر المدونة: 3/ 390.

7 ـ الإجارة على عمل تكون أجرة الأجير فيها مما يحصله من ثمن أو أجرة ممن يعاملهم، بالنصف مثلاً. ومثال ذلك: قول الرجل للأجير: اعمل على دابتي أو اعمل في حانوتي أو في حمامي أو سفينتي ونحو ذلك، وما حصل من ثمن وأجرة[1] فلك نصفه مثلاً.

فهذه الإجارة فاسدة للجهل بقدر الأجرة فتفسخ[2].

فإن عمل فجميع ما تحصل يكون للعامل. وعليه لربّ الدابة والسفينة والحانوت والحمام ونحو ذلك أجرة مثلها، أي: الدابة وما معها؛ وذلك لأنه يكون كأنه اكترى ذلك كراءً فاسداً[3].

قال الشيخ الدردير: ظاهر هذا أنّه عام في الدابة وغيرها وهو ما ذهب إليه كثير من شراح مختصر خليل. وقال بعضهم: إن ذلك خاص بالدابة والسفينة، وأما الحمام والدار والحانوت فما حصل من الأجرة يكون لربّها وعليه للأجير أجرة مثله. مثل قوله: لتكريها كما يأتي، قال عياض: لأن ما لا يذهب فيه ولا عمل فيه لمتوليه كالرباع فهو فيه أجير والكسب لربّه ويستوي فيه اعمل وآجر. ونقله أبو الحسن وقبله، وقاله اللخمي. انظر البناني.

وما تقدم عكسه في الحكم بعد الوقوع قوله: أكرها ـ أي: الدابة ـ لمن يعمل عليها ولك من الكراء النصف، فإنّه يفسخ. فإن أكراها وعمل العامل عليها، فما حصل من الأجر فهو لربّها، وعليه لمن أكراها أجرة مثله في تولية ما ذكر.

وإن قال ربّها اعمل عليها ولك نصفه، فأكراها، فقال ابن القاسم: ما أكريت به للأجير ولربّها أجرة المثل، انتهى. فيكون لربّها أجرة المثل، وما حصل فللأجير، سواء عمل بنفسه أو أكراها. وأما لو قال له أكرها فأكراها فالعكس، وهو أنّ ما حصل من الأجر فلربّها، وعليه للأجير أجرة مثله. وبقي ما إذا قال: أكرها فعمل عليها بنفسه، فهو مثل: اعمل عليها؛ لأن الإجارة فاسدة، وقد عمل عليها، فما حصل فهو له، وعليه لربّها أجرة مثلها كما تقدم. وهذا كلّه في الدابة، ومثلها في السفينة.

وأمّا الحانوت والرباع والحمام، فهل هي مثل الدابة في التفصيل المتقدم، وعليه بعض الشراح كالخرشي والزرقاني أم لا؟ بل ما حصل منها لربّها مطلقاً، وعليه للأجير أجرة مثله مثل قوله: لتكريها فأكراها، وهو الذي ذكره البناني في حاشيته ناقلاً عن الحطّاب ناقلاً له عن عياض واللخمي، ونقله أبو الحسن كما تقدم، واعترض به على الشراح فانظره. والله أعلم.

---

(1) أي: ثمن المحمول كالحطب والماء وأجرة المحمول كآدمي يركبها.

(2) انظر أيضاً المدونة: 3/ 390، المعونة: 2/ 1101، تنبيه الطالب: م 4 و180، الذخيرة: 5/ 380، التوضيح: و70ظ، عدة البروق: 539.

(3) شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 8.

وما تقدم من هذه المسألة هو بخلاف نحو قول ربّ الدابة: احتطب عليها ولك نصف الحطب، فيجوز إن علم ما يحتطبه عليها بعادة أو شرط. فعلة الجواز العلم[1]. وسواء قيد بزمن كيوم لي ويوم لك، أم لا كنقلة لي ونقلة لك. فالأجرة هنا معلومة، أي: عادة[2]، بخلاف ما تقدم. فلو قال له: ولك نصف ثمنه فلا يجوز لشدة الغرر، ووجه الغرر أنّ الأسعار تختلف ولا تنظبط[3]. ومثل الدابة السفينة والشبكة ونحوهما، فيجوز بنصف ما يحمله عليها إن كان معيناً من مكان معين.

وكذلك بخلاف نحو قوله: احصده ولك نصفه - مثلاً -، أو جذّ نخلي هذا ولك نصفه، أو القط زيتوني هذا ولك نصفه، أو جز صوفي هذا ولك نصفه؛ فيجوز لأن الأجرة وما أوجر عليه معلومان، حيث إنهما محصوران مرئيان[4].

وأما قوله: احصد وما حصدت فلك نصفه، أو ألقط زيتوني وما لقطت فلك نصفه؛ فجائز أيضاً، إلّا أنه من باب الجعالة فله الترك متى شاء؛ لأنّ الجعالة يجوز فيها الغرر لكونها منحلة من طرف العامل[5]. بخلاف ما قبله فهو من الإجارة اللازمة. ويكون الدرس والتذرية عليهما. وتقدّم أنّه إن قال: احصده وادرسه ولك نصفه، أو ادرسه فقط، ففاسد وله أجرة مثله لشدة الغرر[6]، أي: في قدر الأجرة وصفتها؛ لأنه لا يعلمها إلا بعد التصفية.

ثم الجواز مقيد بعدم تعيين الزمن. فإن عيّنه فسدت، ودليل الفساد: ما نقله المصنف عن المدونة، من ذكرها لكلية فقهية، وهي أن ما لم يجز بيعه لم يجز أن يستأجر به مع ضرب الأجل في الجعل، ولا يجوز في الجعل إلا أن يشترط أن يترك متى شاء فيجوز. ووجه القاعدة في جانب البيع، أنه لو قال الرجل للرجل: أبيعك ما ألقطه اليوم بكذا وكذا؛ فلا يجوز للجهل بالمبيع، وكذلك في الجعالة[7]. وعلة الفساد وعدم الجواز الجهل بالأجر؛ لأن تعيين الزمن يجعل ما يحصد ويجذ ويلتقط في الإجارة مجهولاً، ويكون نصفه الذي هو الأجر مجهولاً[8].

ودليل لزوم أجرة المثل في ما ذكر من ذلك في الإجارة الفاسدة، لا الأجرة المسمّاة[9]، على ما تقدّم: قياس بيع المنافع في الإجارة على بيع الأعيان، والعلّة أنّ

---

(1) انظر أيضاً تنبيه الطالب: م4 و180، التوضيح: و70و.

(2) انظر الذخيرة: 5/ 381.

(3) انظر الذخيرة: 5/ 381، شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 10.

(4) وانظر المعونة: 2/ 1115، عدة البروق: 552.

(5) انظر تنبيه الطالب: م4 و180، حاشية الصاوي: 2/ 271.

(6) المدونة: 3/ 421.

(7) انظر المدونة: 3/ 421.

(8) انظر المعونة: 2/ 1115، البيان والتحصيل: 8/ 481، عدة البروق: 552.

(9) الأجرة في الإجارة ثمن للمنافع، والثمن في البيع عوض عن الأعيان. انظر المعونة: 2/ 1101.

المنافع أحد نوعي المعاوضات كالأعيان. والحكم المقيس عليه أنّه لو ابتاع بيعاً فاسداً ففات، فإنّ عليها قيمته دون ثمنه، كذلك الإجارة[1].

8 ـ لا يجوز للأعزب أن يستأجر امرأة تخدمه؛ لورود النهي عن خلوة الرجل بالمرأة[2].

تعجيل الكري قبل أجله الذي عقد عليه:

من استأجر دابة أو غيرها لحمل أمتعة عند زمن تمّ تعيينه، ثم سأل صاحب الكري قبل الزمن المعيّن أن يعجّل له الحمولة، ويزيده في الأجرة؛ فإنّ ذلك لا يجوز لما فيه من القاعدة الربوية «ضع وتعجّل». ومعنى هذه القاعدة أنّ الذي عليه الدين عجّل للذي له الدين بعض دينه قبل أن يحلّ أجله، فكأنّه أسلفه إياه على أن يقتضيه من نفسه لنفسه في دينه إذا حلّ أجله، على أن يحط عنه بقيته، وحطيطته إياه عنه عطية منه له، فكان ذلك الزيادة في السلف محضاً، فكما لا يجوز أن يعجل له بعضه على أن يعطيه بقيته، فكذا لا يجوز له أن يعجل له جميعه على أن يزيده زيادة؛ إذ لا فرق في المعنى بين أن يعجّل له بعض دينه على أن يضع عنه بقيته، وبين أن يعجله له على أن يعطيه شيئاً آخر، فإذا لم يجز أن يعجل له بعض دينه على أن يعطيه شيئاً آخر، كان أحرى ألا يجوز أن يعجل له جميعه على أن يعطيه شيئاً من الأشياء يزيده إيّاه[3].

ما يجوز في الإجارة:

ـ اجتماع إجارة مع بيع، صفقة واحدة، فلا تفسد، بل يصحّان معاً. سواء كانت الإجارة في نفس المبيع، كشرائه ثوباً أو جلوداً على أن يخيطه أو يخرزها بكذا، أو استئجار أجير ليبني داراً على أنّ الآجر والجص من عنده[4]؛ أو كانت الإجارة في غير المبيع، كشرائه ثوباً بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوباً آخر. ووجه صحة البيع والإجارة إذا اجتمعا في صفقة واحدة، انعدام العلّة التي من أجلها دخل الفساد عند اجتماع الإجارة مع الجعل في صفقة، واجتماع البيع مع الجعل في صفقة؛ وهي تنافي أحكام العقدين المجتمعين؛ أمّا أحكام الإجارة فهي متوافقة مع أحكام البيع، في الأركان والشروط غالباً[5]. قال الإمام مالك: لأنهما كنوع واحد[6]. وما يجعلهما

(1) انظر الإشراف: 2/ 656، 658، المعونة: 2/ 1102.

(2) الفائق: م 4/ 9ظ.

(3) البيان والتحصيل: 9/ 133.

(4) المدونة: 3/ 392.

(5) انظر المقدمات: 2/ 182، الذخيرة: 5/ 415، بلغة السالك لأقرب المسالك، للشيخ أحمد الصاوي: 2/ 268.

(6) الفائق في الأحكام والوثائق لابن راشد القفصي: مخ رقم6154 م4 و2و.

كنوع واحد أن عقد البيع بيع أعيان وعقد الإجارة بيع منافع، ويقع ذلك فيهما في المعلوم دون المجهول[1].

- إجارة دابة ونحوها كسفينة ودار، لمسافة محدّدة أو مدّة محدّدة، على أنّه إن استغنى في المدة أو المسافة المعينة لظفره بحاجته في أثناء الطريق حاسب ربّها، أي: كان لربّها بحساب ما سار المستأجر أو سكن، صعوبة وسهولة. ووجه الجواز في ذلك أنّه كأنه قال له: أكريك من هذا الطريق كلّ بريد بكذا، وأجرتك الدار بحساب كلّ شهر بكذا؛ فيكون ذكر المسافة لتتقدّر به الأجرة[2]. أي: لأنها إجارة بخيار، أي: لأن الخيار هنا هو في الآن، كلما مضى من المسافة أو المدة شيء كان بالخيار فيما بقي، وهو ليس كالخيار في السلعة تشترى على الخيار فيها مدة طويلة يحتاج في توفيتها إلى انقضاء أمد الخيار[3].

ومحلّ الجواز إن لم ينقد الأجرة فإن نقدها لم يجز، وعلل الشيخ الدردير عدم الجواز بتردد الإجارة بين السلفية والثمنية[4]. وأضاف ابن عبد السلام علة أخرى، وهي الغرر[5].

- إيجار شيء مؤجّر - بفتح الجيم -. أي: إنّ من أجر حيواناً أو غيره مدّة معلومة كشهر أو سنة، يجوز له أن يؤاجره قبل انقضائها مدّة تلي مدّة الإجارة الأولى للمستأجر الأول أو لغيره. وذلك ما لم يجر عرف بعدم إيجارها إلّا للأوّل، كالأحكار الموقوفة بمصر، وإلا عمل به؛ لأن العرف كالشرط. وصورة ذلك أن يستأجر إنسان داراً موقوفة مدّة معينة، وأذن له الناظر بالبناء فيها ليكون له خلو في تلك المدة، وجعل عليها حكراً كلّ سنة من تلك المدّة لجهة الوقف، فليس للناظر أن يؤاجرها لغير مستأجرها مدّة تلي مدّة إيجار الأوّل لجريان العرف باختصاص الأول بذلك. ومحله إذا أراد أن يدفع الأول من الأجرة مثل ما يدفعه الغير، وإلا جاز إيجارها للغير.

- إيجار ما استثنيت منفعته عند البيع بأن استثنى البائع منفعة ما باع، داراً أو غير ذلك مدّة معلومة، فللمشتري منه أن يؤاجر ما اشتراه مدّة تلي مدّة الانتفاع، على أن يقبضها - أي: الدار ونحو ذلك - المستأجر بعد مضي مدّة الانتفاع. وسيأتي أنه يجوز استثناء السنة في الدار والسنتين في الأرض وثلاثة أيام في الدابة.

- النقد في إيجار المؤجّر والمبيع المستثنى منفعته. ومحلّ جواز الإيجار والنقد فيهما إن لم يتغير غالباً، بأن كان الشأن عدم تغيره، وهو صادق بصورتين، ما إذا كان

---

(1) انظر الإشراف: 2/ 660، والذخيرة: 5/ 382، وعدة البروق: 550.

(2) المعونة: 2/ 1102.

(3) انظر البيان والتحصيل: 9/ 74، تنبيه الطالب: م4/ و193ظ، التوضيح: و78و.

(4) انظر أيضاً التوضيح: و78و.

(5) تنبيه الطالب: م4/ 193ظ.

الغالب سلامته، أو احتمل السلامة وعدمها، لكن الصورة الأولى متفق عليها، والثانية فيها خلاف. هذا بالنسبة للإيجار فيهما. وأما النقد فيهما فإنّما يجوز إن غلبت السلامة فيهما، لا إن لم تغلب بأن كان الشأن عدمها لطول المدّة أو ضعف البناء أو نحو ذلك من كل ما شأنه التغير لكثرة العلاج فيه كالطاحونة والمعصرة، واحتمل الأمر فعلم أنّ الصور في عدم التغير غالباً ثلاث:

الأولى: الشأن السلامة فيجوز العقد والنقد قطعاً.

الثانية: عدمها، فلا يجوز عقد ولا نقد.

الثالثة: احتمال الأمرين، فيجوز العقد لا النقد عند ابن عرفة وابن شاس. وقيل: لا يجوز العقد فلا نقد. وهو لابن الحاجب وخليل في التوضيح.

فقول: «إن لم يتغير غالباً» راجع للعقد والنقد. إلّا أنه يوهم أن الصورة الثالثة يجوز فيها النقد وليس كذلك لما علمت من أن النقد لا يجوز فيها اتفاقاً، وإنما الخلاف في أصل العقد.

والمراد بـ«إن لم يتغير»، أي: في المدّة الثانية التي تلي الأولى؛ لأن الكلام فيها؛ لأنها التي يستوفى منها المنافع لا الأولى.

ـ الإيجار على طرح نجاسة، كميتة وعذرة، بأجر معلوم، وإن استلزم ذلك مباشرة النجاسة، للضرورة الداعية إلى إبعادها عن مجتمعات الناس فهو داخل في قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات. والضرورة هنا حفظ النفس من أضرار النجاسات وعفونتها؛ قال القرافي في بيان المقصد الشرعي من الجواز: لأنّ الغرض إبعادها، لا هي[1].

وكذا يجوز الإيجار على ما يلي:

* على حملها للانتفاع بها على الوجه الجائز، كحملها لأكل الكلاب أو تسبيخ أرض، وحمل جلد ميتة مدبوغ لاستعماله في اليابسات والماء. أي: ووجه الجواز هو الدليل الشرعي على إباحة الانتفاع بها، وتقدم التدليل على ذلك في باب الطهارة.

* على أكل مضطر. ووجه الجواز على الإجارة على ذلك قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات.

ـ الإيجار على القصاص، من قتل أو قطع، حكم به الحاكم العدل وسلّمه للمجني عليه أو لوليه. والدليل على ذلك:

أ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: 177].

ووجه الاستدلال بالآية أنّ القصاص إذا كان مكتوباً، ولم يكن صاحب الدم ممّن

(1) الذخيرة: 5/ 399.

يحسن أن يستوفيه لنفسه، ولا يلزم غيره أن ينوب عنه بغير عوض؛ لأنّه ليس من فروض الأعيان؛ فلم يبق إلّا الاستئجار عليه[1].

ب - القياس على ذبح الشاة، بجامع أنّه إتلاف نفس مباح إتلافها، فجازت الإجارة عليه[2].

وأما الإجارة على القتل ظلماً فلا تجوز، وعلّة عدم الجواز أنّ المنفعة محرّمة[3]. فإن وقعت اقتص من الأجير، ولا أجرة له لقاعدة أنّ المحرّم لا قيمة له شرعاً[4]. ولا يقتص من المؤجر؛ لأن المباشر مقدم على المتسبب.

- الإيجار على الحجامة. والدليل:

أ - فعل النبيّ ﷺ، فعن أنس بن مالك أنّه قال: «احتجم رسول الله ﷺ، حجمه أبو طيبة، فأمر له رسول الله ﷺ بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخفّفوا عنه من خراجه»[5]. فقوله فأمر له بصاع من تمر، فهو على معنى الإجارة، بدليل ما روي عنِ ابنِ عبّاسٍ رضيَ الله عنهما أنّه قال: «احْتَجَم النبيُّ ﷺ وأعطى الحجّامَ أجره، ولو علمَ كراهيةً لم يُعْطِهِ»[6]. وفي رواية ابن عباس: «أن النبي ﷺ احتجم، وأعطى الذي حجمه، ولو كان حراماً لم يعطه»[7]. ووجه الاستدلال أنّ الأجرة على الحجامة لو كانت حراماً لما أعطاها النّبيّ ﷺ للحجّام، كما ذكر ابن عباس؛ لأنّه ﷺ لا يؤكل إلّا ما يحلّ أكله، ولا يجعل ثمناً ولا عوضاً ولا جعلاً بشيء من الباطل[8].

ب - عن محيصة الأنصاري أنّه استأذن رسول الله ﷺ في إجارة الحجام فنهاه عنه، فلم يزل يسأله ويستأذنه حتّى قال: «اعلفه نضّاحك» يعني رقيقك[9]. وفي رواية أحمد أنّه كان له غلام حجام يقال له: أبو طيبة، يكسب كسباً كثيراً، فلما نهى

(1) انظر الإشراف: 2/ 657، الذخيرة: 5/ 422.
(2) انظر الإشراف: 2/ 657.
(3) الذخيرة: 5/ 422.
(4) الذخيرة: 5/ 422.
(5) مالك في الاستئذان، باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجام 2/ 974؛ البخاري في البيوع، باب ذكر الحجام 2/ 741؛ مسلم في المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.
(6) البخاري في الإجارة، باب خراج الحجام 2/ 796؛ ومسلم في المساقاة، باب حلّ أجرة الحجامة.
(7) البخاري في البيوع، باب ذكر الحجام.
(8) انظر الإشراف: 2/ 922، والمنتقى: 7/ 297، التمهيد: 2/ 224، عارضة الأحوذي: 5/ 276، البيان والتحصيل: 8/ 446، إكمال الإكمال: 5/ 448.
(9) الموطأ في الاستئذان، باب ما جاء في الحجامة وإجارة الحجام؛ الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كسب الحجام؛ أبو داود في الإجارة، باب في كسب الحجام؛ ابن ماجه في التجارات، باب كسب الحجام.

رسول الله ﷺ عن كسب الحجام استرخص رسول الله ﷺ فيه، فأبى عليه، فلم يزل يكلمه فيه ويذكر له الحاجة، حتى قال له: «لتلق كسبه في بطن ناضحك»[1].

والاستدلال من الحديث يظهر من وجهين:

* إمّا أنّ النهي فيه أوّلاً محمول على التنزيه وفعل الأولى والحضّ على الورع، لا على التحريم؛ لأنّه لو كان على التحريم لما جاز للسائل تملّك الأجرة ولا إطعام رقيقه بها؛ لأنّه مكلّف في رقيقه في الحلال والحرام بمثل ما هو مكلّف به في نفسه. ولذلك اعتبر عدد من فقهاء المذهب الحديث دليلاً أصلياً على الإباحة[2].

* وإمّا أنّ النهي محمول على الكراهة، وأنّه منسوخ بعد سؤال محيصة وإلحاحه في الاستئذان فيه. ووجه الكراهة ما روي أنّ قريشاً كانت تكره وتتكرّم أن تأكل من كسب غلمانها في الحجامة، وقيل غير ذلك؛ فيحتمل أن يكون رسول الله ﷺ أجرى تلك الكراهة، ثمّ لمّا علم حاجة الناس إليه أباحه ونسخ الكراهة. ودليل النسخ فعل النبي ﷺ والإجماع[3].

ج ـ عمل أهل المدينة المتصل، على ما فسّر به ابن رشد الجدّ قول الإمام حين سئل عن أكل خراج الحجّام، فقال: لا بأس به، وما زال النّاس بالمدينة يأكلونه ويتخذونهم[4].

د ـ إجماع الصحابة عليه. فعن الليث بن سعد قال: سألت ربيعة عن كسب الحجّام، فقال: لا بأس به، وكان للحجّامين سوق بالمدينة على عهد عمر رضي الله عنه ولولا أن يأنف رجال لأخبرتك بآباء لهم كانوا حجّامين. وعلى هذا يكون ما أقرّه عمر رضي الله عنه ولم ينكره بمحضر الصحابة، قد حصل الإجماع عليه[5].

وأما ما روي عن رافع بن خديج أنّه قال، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «شرّ الكسب مهر البغيّ، وثمن الكلب، وكسب الحجام» وفي رواية له أيضاً: «ثمن الكلب خبيث ومهر البغيّ خبيث وكسب الحجام خبيث»[6]، فقد تعدّدت الآراء فيه على النحو التالي:

* أن يكون منسوخاً إن حمل لفظ «شرّ» على بابها من التحريم، وكذلك لفظ

---

(1) أحمد في المسند.

(2) التمهيد: 2/ 225، عارضة الأحوذي: 5/ 276، البيان والتحصيل: 8/ 446، المفهم: 5/ 2799، إكمال الإكمال: 5/ 448.

(3) المنتقى: 7/ 298، التمهيد: 2/ 224، 226، عارضة الأحوذي: 5/ 276، 277.

(4) العتبية مع البيان والتحصيل: 8/ 455.

(5) انظر المنتقى: 7/ 298، البيان والتحصيل: 8/ 455.

(6) الروايتان في مسلم في المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب.

«خبيث». ودليل النسخ ما تقدّم من أدلّة الجواز[1].

* أو يكون على جهة التنزّه والحضّ على الورع وفعل الأولى، بحمل لفظي «شرّ» و«خبيث» على ذلك، مثل قوله ﷺ: «خَيْرُ صُفُوفِ الرِّجَالِ أَوَّلُهَا، وَشَرُّهَا آخِرُهَا، وَخَيْرُ صُفُوفِ النِّسَاءِ آخِرُهَا، وَشَرُّهَا أَوَّلُهَا»، بدليل عدم لزوم المساواة بين المعطوفات في الحكم، أي: بين مهر البغيّ وثمن الكلب وكسب الحجّام؛ لأنّه قد يعطف الشيء على الشيء وحكمهما مختلف، ويكون ذلك من باب استعمال المشترك ويراد به جميع متناولاته، أو من باب استعمال اللفظ في القدر المشترك بين الحرام والمكروه إن قيل بالكراهة[2].

* أو يكون محكماً غير منسوخ، ومحمول على التحريم، ولكن بحمله على ما كان يفعله الحجّام من أهل الجاهلية من جمع ما يفصده من دم الإبل والبقر وسائر الحيوان، وبيعه لمن يأكله من الكفار أو لمن يستعمله في شيء، فعلى هذا يكون ثمنه حراماً، لقوله ﷺ: «إنّ الله إذا حرّم على قوم أكل شيء حرّم عليهم ثمنه»[3]. ويؤيّد هذا ما جاء عن عون بن أبي جُحَيفةَ قال: «رأيتُ أبي اشتَرىٰ حجّاماً فأمَرَ بمحَاجِمِهِ فكُسِرَتْ، فسألتهُ عن ذلكَ، فقال: «إنّ رسولَ اللهِ ﷺ نَهىٰ عن ثَمنِ الدّم، وثمنِ الكلبِ، وكَسْبِ الأمَةِ...» الحديث[4]. فثمن الدم هو ما يبيعه الحجام من دم الحجامة. وأما أجرة الحجامة فليست بثمن للدم على الحقيقة، وإنّما هي أجرة تعبه وعمله[5].

- الإيجار على معالجة الدواب. وهو عمل البيطار. ودليل الجواز[6]: أنّ في ذلك الإبقاء على استدامة الانتفاع بها، وقد قال النبي ﷺ: «إن الله ﷻ حيث خلق الداء خلق الدواء فتداووا»[7]. وقال: «أنزل الدواء الذي أنزل الأدواء»[8].

- الإيجار على الأدب لابن، ولا يطلب ثبوت موجب الأدب عند الأب إذ يصدّق الأب في ابنه الصغير. وأمّا الولد الكبير فلا يؤدّبه الأب، بل يؤدبه الحاكم بالثبوت بشهادة بينة عادلة.

- إيجار دار نحو ثلاثين عاماً ولو شرط النقد. ودليل الجواز ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ

---

(1) الجامع لأحكام القرآن: 6/ 106.

(2) انظر التمهيد: 2/ 226، المفهم: 5/ 2799، إكمال الإكمال: 5/ 448.

(3) سبق تخريجه.

(4) البخاري في البيوع، باب ثمن الكلب.

(5) انظر المنتقى: 7/ 299، التمهيد: 2/ 225، المفهم: 5/ 2800، إكمال الإكمال: 5/ 448.

(6) البيان والتحصيل: 8/ 455.

(7) أخرجه أحمد في مسند أنس بن مالك.

(8) أخرجه مالك في الجامع، باب تعالج المريض.

﴿فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾ [القصص: 27]، والاستدلال بالآية بناء على القاعدة الأصولية «أنّ شرع من تقدّم لازم لنا ما لم يقم دليل على نسخه»[1].

ب ـ القياس على السنة، بجامع أنّها مدّة، أي: ما زاد على سنة، تبقى المنافع إليها ويمكن استيفاؤها منها، كالسنة[2].

ووجه جواز اشتراط النقد هو كونها مأمونة التغير غالباً[3].

فإن كانت قديمة يحتمل بقاؤها ثلاثين وعدمه جاز العقد دون النقد. وإذا كانت قديمة جدّاً لا تبقى ثلاثين عادة لم يجز كراؤها الثلاثين. فالعلة في اختلاف الحكم بين الجواز وعدمه في الحالات الثلاث، هو الوثوق في بقاء الدار على حالها وعدم بقائها وتغييرها[4].

ـ إجارة أرض للزراعة مأمونة الريّ خمسين عاماً، لا أكثر. ودليل جواز كراء الأرض الأعوام الكثيرة، ما يلي:

أ ـ عن ابن عمر أنّ اليهود سألوا النبي ﷺ أن يقرّهم، على أن يكفوا العمل، ولهم شطر الثمرة. فقال النبي ﷺ: «نقرّكم على ذلك ما شئنا»[5]. ووجه الاستدلال أنّ الحديث نصّ في جواز كراء الأرض الأعوام الطوال[6].

ب ـ فعل الصحابي، فقد روي عن عبد الرحمن بن عوف أنّه تكارى أرضاً، فلم تزل في يديه بكراء حتى مات. قال ابنه: فما كنت أراها إلّا لنا من طول ما مكثت في يديه، حتى ذكرها لنا عند موته، فأمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها، ذهب أو ورق[7].

فإنّ لم يؤمن من ريّها جاز العقد عليها هذه المدّة دون النقد.

ـ بيع دار ليقبضها مشتريها بعد عام من يوم بيعها، فيجوز استثناء منفعتها سنة؛ وبيع أرض لتقبض بعد عشرة أعوام، فيجوز اسثناء منفعتها عشراً. ووجه الجواز مع أن

---

(1) الإشراف: 2/ 663، الذخيرة: 5/ 424. (2) الإشراف: 2/ 663.

(3) شرح الخرشي على المختصر وحاشية العدوي عليه: 7/ 233.

(4) انظر الذخيرة: 5/ 424، تنبيه الطالب: م4/ و188، شرح الخرشي على المختصر: 7/ 233.

(5) عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها؛ وكانت الأرض حين ظهر عليها لله ولرسوله وللمسلمين، وأراد إخراج اليهود منها، فسألت اليهود رسول الله ﷺ ليقرهم بها أن يكفوا عملها ولهم نصف الثمر. فقال لهم رسول الله ﷺ: «نقركم بها على ذلك ما شئنا» فقرّوا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء. البخاري في المزارعة، باب إذا قال رب الأرض: أقرك ما أقرك الله 2/ 824 حديث 2213؛ مسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع 2/ 1187 حديث 1551.

(6) انظر المنتقى: 5/ 144.

(7) الموطأ في كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض 2/ 712 حديث 4.

في ذلك بيع معيّن يتأخر قبضه؛ ما في الدار والأرض من قوة الأمن من تغيرهما، فاغتفر فيهما بيع معين يتأخر قبضه[1].

- بيع حيوان ليقبض بعد ثلاثة أيام ونحوها، لا بعد عشر لأن الغالب فيها تغيره فيتردد الثمن بين السلفية والثمنية، وكره فيه استثناء المتوسط كخمسة أيام لاحتمال تغيره.

- بيع الثوب المعيّن والنحاس ونحو ذلك، واستثناء منفعته مدّة دون نصف شهر لا أزيد، لما فيه من السلم في معين. ولا يرد على هذا تأجير الدور والأراضي الزمن الطويل لأن السلم لا يكون فيها لأن من شرطه أن يكون في الذمة وهذه الأشياء لا تقبلها الذمم بحال[2].

- كراء دابة ليقبضها المكتري بعد شهر من يوم الكراء، فيجوز إذا لم يشترط مكريها نقد الأجرة. والدليل على جواز الكراء وتأخير القبض:

أ - ما روته عائشةَ رضيَ اللهُ عنها، زَوج النبيِّ ﷺ قالت: «استأجَرَ رسولُ اللهِ ﷺ وأبو بكرٍ رجُلاً مِن بني الدِّيلِ هادِياً خرِّيتاً، وهوَ على دِينِ كفّارِ قُرَيشٍ، فدَفَعا إليه راحِلَتَيهِما، وواعَداهُ غارَ ثَورٍ بعدَ ثلاثِ لَيالٍ، فأتاهُما براحلَتَيهما صُبحَ ثلاثٍ»[3]. ووجه الاستدلال أن رسول الله ﷺ استأجر الراحلتين، وأخر قبضهما بعد ثلاث ليال، وفعله يدل على الجواز.

ب - أنّ الغرر الذي في ذلك يسير فيما الظاهر من أمره السلامة، والغرر اليسير في العقود جائز[4].

ج - أنّ الإجارة تقتضي تأخير النقد حتى تستوفى المنافع، فلم يؤثّر تأخير قبض المنافع في العقد تأثيراً يخرج به عن مقتضاه[5].

ووجه الجواز في هذه المدة لا أكثر، سرعة التغير في الحيوان[6].

فإن اشترط المكري النقد لم يجز، لتردده بين السلفية والثمنية. والنقد بلا شرط لا يضرّ؛ لأنّ علّة المنع للتردّد لا تكون إلّا في شرط النقد كما تقدّم في الربويات.

---

(1) شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 14.

(2) انظر أيضاً الذخيرة: 5/ 293. واعترض بأنّ هذه المسالة ليست من باب الإجارة فحقّها أن تذكر في البيوع. والجواب أنّ المنفعة المستثناة إجارة حكماً، فإذا باع الدّار بمائة مثلاً على أن تقبض بعد عام فقد باعهما بالمائة وبالانتفاع بتلك الدّار تلك المدّة؛ فكان البيع بمائة وعشرة مثلاً دفع المشتري بدل العشرة منفعة الدّار. ويقال في استثناء الأرض والحيوان كذلك.

(3) البخاري في الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة.

(4) المنتقى: 5/ 115.

(5) المنتقى: 5/ 115.

(6) شرح الخرشي على المختصر: 7/ 235.

ـ الإجارة على صنعة محددة بعمل، نحو خط هذا الثوب أو احصد هذا الفدان أو احفر لي بئراً بكذا. أو الإجارة على صنعة محددة بزمن كخط عندي يوماً أو شهراً، أو ابن لي بيتاً، ونحو ذلك كل يوم أو كل جمعة أو شهر أو جميع الشهر أو السنة بكذا.

وتفسد الإجارة إن جمع العمل والزمن وتساويا، بأن كانت العادة أن الزمن لا يزيد على الفعل ولا ينقص. قال ابن رشد: اتفاقاً. وقال ابن عبد السلام: على المشهور. وعلة الفساد وعدم الجواز الغرر. ووجه الغرر أنه قد يفرغ من العمل قبل الأجل فيزاد له في العمل، وقد ينتهي الأجل فينقص العمل[1]. ووجه آخر أن الأجل يقتضي استحقاق منفعة الأجير وامتناع العمل للغير؛ وتعيين العمل يقتضي تعلقاً بصفة الفعل فقط، دون منافع الأجير، فله العمل للغير؛ لهذا كان الجمع بين العمل والزمن تناقضاً[2].

وأما إذا كان الزمن ينقص عن العمل فإنه يفسد بالأولى، على كلا الطريقتين، أي: طريقة ابن رشد وطريقة ابن عبد السلام. وأما لو كان الزمن أكثر فقال ابن عبد السلام: يجوز اتفاقاً، وقال ابن رشد: بل تفسد على المشهور، لاحتمال طارئ على الأجير يمنعه من العمل، أي: فيدخله الغرر.

وعلى الفساد حيث قلنا به اتفاقاً أو على المشهور، فاللازم أجرة المثل زادت على المسمّى أو قلّت، والله تعالى أعلم.

ـ إيجار مرضع لترضع طفلاً، وإن كان فيه استيفاء عين قصداً، وأنّ تلك العين مغيّبة. وهذا في بني الإنسان وفي الحيوان. ودليل الجواز:

أ ـ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: 6]، ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر المطلقين أن يعطوا مطلقاتهم البائنات أجورهن على الرضاع، إذا رغبن في إرضاع أولادهن منهم، حيث كان الرضاع ليس واجباً عليهن[3]. والأمر بإعطاء الأجرة على الرضاع فرع من جواز الإجارة على ذلك.

ب ـ الضرورة الداعية لذلك. ووجهها أنّ حياة المولود متوقفة عادة على الرضاع[4]، فهي مندرجة في كلية حفظ النفس.

---

(1) انظر المنتقى: 5/ 115، الذخيرة: 5/ 420، تنبيه الطالب: م4/ 186.

(2) انظر الذخيرة: 5/ 420.

(3) انظر الجامع لأحكام القرآن: 18/ 168، التحرير والتنوير: 28/ 328.

(4) الذخيرة: 5/ 407، تنبيه الطالب: م4/ و183ظ، التوضيح: م4/ و72، شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 14.

ويكون غسل بدن الطفل وغسل خرقه على أبيه لا على المرضع، إلّا لعرف أو شرط، فيعمل به.

ولزوج المرضع فسخ الإجارة إن لم يأذن لها في الإرضاع. وتعليل أحقية الزوج في الفسخ إن لم يأذن، هو الضرر الذي يلحقه بتشاغلها عنه وتغير حالها، وأن له الحق في الوطء لا يسقط عنه إلا برضاه وإذنه[1].

فإن أذن لها فليس له الفسخ. ولأهل الطفل فسخ العقد إن حملت المرضع من زوجها أو غيره زمن الرضاع. وإنما كان لهم الفسخ لأنّ الحمل مظنة تضرر الولد بلبنها. وذكر القاضي عبد الوهاب أنّ دليل تخيير أهل الطفل بين الفسخ وعدمه، أنّ المنفعة أسلمت لهم بنقص أو عيب، ووطء المرضع أو حملها عيب عند الناس يكرهونه، ويتضرّر به الطفل[2]. وبيّن القرافي وجه الضرر، بأنّ الوطء يقطع اللبن بالحمل، أو يقلّه أو يفسده؛ لما بين الثدي والرحم من المشاركة؛ ونسب ما قاله إلى الأطبّاء، أي: في عصره[3].

قال ابن عبد السلام: ولها بحساب ما أرضعت، فلو كانت أكلت الأجرة لم تحسب عليها لأنهم تطوّعوا بدفعها لها.

وللمرضع أيضاً فسخ العقد إن مات أبو الطفل ولم تقبض الأجرة منه قبل موته ولم يترك له مالاً ولا مال للولد تأخذ أجرتها منه، ولم يتطوّع بالأجرة أحد من قريب أو بعيد. ووجه الفسخ ما في بقائها على العقد من الضرر، والضرر يزال شرعاً[4]. وإلّا فلا فسخ لها؛ لانتفاء الضرر[5].

فإن ترك أبوه مالاً لم يكن لها الفسخ وتقبض أجرتها من نصيب الولد في تركة أبيه.

وإن قبضت من الأب أجرتها قبل موته لم يكن لها الفسخ وعندئذ يتبع الورثة الولد بما زاد على يوم موت الأب من الأجرة التي عجلها لأن الزائد يكون ميراثاً بينهم وبين الولد فيرجعون به على مال الرضيع لا على الظئر، فليس إعطاء الأب أجرة رضاعه هبة منه للرضيع، وإنما إرضاعه عليه فرض انقطع بموته. ومحلّ رجوع الورثة على الولد بما زاد على يوم الموت ما لم يعجل الأب الأجرة خوفاً من موته الآن، وإلا كانت هبة ليس للورثة منها شيء.

ويمنع زوج المرضع إن أذن لها في الإرضاع من وطئها؛ لأنّه مما يضرّ بالطفل

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 408، تنبيه الطالب: م4/ و184و، التوضيح: و72.
(2) انظر الإشراف: 2/ 659، المختصر الفقهي: م4/ و10ظ.
(3) انظر الذخيرة: 5/ 408.
(4) انظر الذخيرة: 5/ 411.
(5) انظر الذخيرة: 5/ 411.

ولو لم يحصل له ضرر بالفعل[1].

وقال أصبغ: لا يمنع الزوج من الوطء إذا أذن، إلّا أن يشترطوا عليه أو يتبيّن ضرر ذلك على الصبي؛ وعلّل اشتراط القيدين للمنع من الوطء بأنّ الحمل موهوم. ودليله على عدم منع الزوج من وطء زوجته الظئر عند انعدام القيدين، قوله ﷺ: «لقد هممت أن أنهى عن الغيلة؛ حتى ذكرت أنّ الروم وفارس يصنعون ذلك، فلا يضرّ أولادهم»[2]. ومعنى الغيلة ـ كما فسّرها الإمام مالك ـ: أن يمسّ الرجل امرأته وهي ترضع[3]. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ لم ينه عنها؛ لأنّه تبيّن له أنّها لا ضرر فيها[4].

فلو تزوجها ووجدها مرضعاً قال ابن عرفة: الأظهر أنه عيب يوجب الخيار، ووجه الخيار أنّ الوطء حقّ له، ويتضرّر بعدمه[5].

كما يمنع الزوج من السفر بزوجته المرضع إن أذن لها في الرضاع، فإن لم يأذن لها فله ذلك وله الفسخ.

وأما لو أراد أهل الطفل السفر فلا يمكنون من أخذ الولد، إلّا إذا دفعوا للمرضع جميع أجرتها، حيث كانت وجيبة. وتعليل ذلك أنّ العقد لازم لهم[6].

ـ الإجارة على تعليم القرآن ودليل الجواز ما يلي:

أ ـ قوله عليه الصلاة والسلام: «إنّ أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله تعالى»[7]. البخاري في الطب، باب الشرط في الرقية بقطيع من الغنم، عن ابن عباس. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ أجاز ما يؤخذ أجراً على كل ما يبذل للغير من جهد ومنفعة تتعلق بالقرآن، كالرقيا والتعليم.

ب ـ حديث سعد الساعدي في قصّة المرأة الواهبة نفسها للنّبيّ ﷺ، وفيه قوله ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن»[8]. ووجه الاستدلال أنّ الباء في «بما» تسمّى باء التعويض، فيدلّ الحديث على جواز جعل تعليم القرآن أجرة، أي: مهراً، في

---

(1) كذا علّل الشيخ الدردير، وانظر الإشراف: 2/ 659.

(2) أخرجه مالك في الرضاع، باب جامع ما جاء في الرضاعة؛ ومسلم في النكاح، باب جواز الغيلة؛ عن عائشة.

(3) الموطأ: 2/ 608.

(4) انظر المنتقى: 4/ 156، الذخيرة: 5/ 409، تنبيه الطالب: م4/ و184، المختصر الفقهي: م4/ و10و.

(5) انظر الذخيرة: 5/ 408.

(6) انظر الذخيرة: 5/ 408.

(7) ووقع التدليل بهذا الحديث في الذخيرة: 5/ 400، تنبيه الطالب: م4/ و186، بلغة السالك: 2/ 274.

(8) مالك في النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء؛ والبخاري في النكاح، باب السلطان ولي؛ ومسلم في النكاح، باب الصداق. ولفظ مسلم: «قد ملكتها بما معك من القرآن».

النكاح؛ لأنّ التعليم لمّا كان يتطلّب جلوساً للتعليم ووقتاً وبذل جهد، كان منافع مبذولة من الرجل للمرأة، وهذه المنافع متقوّمة من الرجل؛ فجاز بذلك أخذ الأجرة عليها. وبذلك تكون الأجرة مأخوذة في مقابل المنافع المبذولة، وليست في مقابل أصل القربة[1].

ج ـ حديث أبي سعيد الخدري عن الرهط من أصحاب النبي ﷺ، أنّ أحدهم رقى سيّد حيّ من أحياء العرب. وقد تقدم.

د ـ إجماع أهل المدينة. ذكره ابن رشد الجدّ، وقال: فهم الحجّة على من سواهم، ممّن خالف في ذلك[2].

هـ ـ القياس على الإجارة على بناء المساجد، بجامع القربة غير المتعيّنة[3].

وأمّا ما روي عن عبادة قال: علمت ناساً من أهل الصفة الكتاب والقرآن، فأهدى إليّ رجل منهم قوساً، فقلت: ليست بمال وأرمي عنها في سبيل الله ﷻ، لآتين رسول الله ﷺ فلأسألنه؟ فأتيته فقلت: يا رسول الله رجل أهدى إلي قوساً ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن: وليست بمال وأرمي عنها في سبيل الله؟ قال: «إن كنت تحب أنْ تطوّق طوقاً من نار فاقبلها»[4].

فقد تأوّله ابن رشد الجدّ بأنّه ورد في مبتدأ الإسلام، وحين كان تعليم القرآن فرضاً على الأعيان، لقول النبيّ ﷺ: «بلّغوا عنّي ولو آية»[5]. وأمّا إذْ قد حصل التبليغ وفشا القرآن، وصار مثبتاً في المصاحف محفوظاً في الصدور، فليست الأجرة على تعليمه أجرة على تبليغه، وإنّما هو أجرة على الجلوس لتعليمه والاشتغال بذلك عن منافعه[6]. وأمّا ابن عبد السلام فقال فيه: ليس بالقويّ ولم يره صالحاً، لمعارضة الحديث الصحيح المتقدم[7].

ـ الإجارة على تعليم القرآن مشاهرة ككلّ شهر بكذا، ومقاطعة على جميعه أو على بعضه بكذا، ووجيبة لمدة معلومة بكذا. فالمشاهرة غير لازمة لواحد منهما. وأما الوجيبة والمقاطعة فلازمتان لكليهما.

---

(1) انظر الإشراف: 2/ 718، المنتقى: 3/ 277، البيان والتحصيل: 4/ 424 ـ 8/ 453، المعلم: 2/ 149، أحكام القرآن: 3/ 1471، الذخيرة: 5/ 401.

(2) البيان والتحصيل: 8/ 452، المختصر الفقهي: م4/ و12ظ.

(3) انظر حاشية محمد الرهوني على شرح عبد الباقي الزرقاني: 7/ 14.

(4) أبو داود في البيوع، باب كسب العلم.

(5) البخاري في الأنبياء، باب ما ذكر عن بني إسرائيل 3/ 1275 حديث 3274.

(6) البيان والتحصيل: 8/ 452، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني: 7/ 14.

(7) تنبيه الطالب: م4/ و186.

ولا يجوز الجمع بين المشاهرة والمقاطعة كأستأجرك على تحفيظه ربع القرآن في شهر بكذا، إذ قد يمضي الشهر ولا يحفظ ما عينه أو يحفظه في أثنائه. وعلة عدم جواز الجمع الغرر[1].

ـ الإجارة على الأذان وحده أو مع الصلاة أو مع الإقامة أو معهما. كانت الأجرة من بيت المال أو من آحاد الناس[2]. وتقدّم بيان أدلّة جواز الأجرة على الأذان في باب الأذان. ويزاد عليها ما يلي:

أ ـ القياس على بناء المساجد وكتب المصاحف والسعاية على الزكاة بجامع القربة التي يجوز التبرّع بها عن الغير[3]. أي: النيابة فيما ليس متعيّناً.

ب ـ أنّ الأجرة قبالة التزام المواضع المعينة في الأذان ونحوه، أو قبالة تعيين ما لم يتعيّن على آخذ الأجرة؛ وليست قبالة أصل القربة، فهذه الأشياء وإن كانت قرباً لكن لا يتعيّن على المسلم فعلها[4].

وأمّا ما روي عن عثمان بن أبي العاص قال: إنّ من آخر ما عهد إليّ رسول الله ﷺ: «أن اتّخذ مؤذّناً لا يأخذ على أذانه أجراً»[5] فهو محمول على الورع، على ما تأوّله القرافي[6].

ـ الإجارة على الإمامة في مسجد أو مكان مخصوص فجائز. ومحلّ الجواز إن كانت الأجرة على إمامة الصلاة وحدها، وكانت من بيت المال أو من وقف المسجد؛ أو كانت مع الأذان أو الإقامة وكانت من آحاد الناس. فإن كانت على الإمامة وحدها وكانت من آحاد الناس فمكروهة[7]. ودليل الجواز أنّ الإمامة من الأفعال الكفائية التي لا تتعيّن على الإمام؛ وأنّه لا يأخذ الأجرة على الصلاة، وإنّما على التزامه للمكان المعيّن، وهو غير مأمور به على التعيين[8]. قال ابن عبد السلام: وأما الصلاة والأذان فتكرارهما في كل يوم خمس مرات، مع مراقبة الأوقات، وذلك قاطع عن المعاش؛ فلو لم نجز الإجارة عليهما لأدى ذلك إلى الحرج أو إلى تعطيل المساجد[9].

ـ إجارة مصحف للقراءة فيه. ودليل الجواز ما يلي:

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 403.
(2) الشرح الكبير: 1/ 198.
(3) انظر بداية المجتهد: 2/ 251، الذخيرة: 2/ 66.
(4) الذخيرة: 5/ 401.
(5) أبو داود في الصلاة، باب أخذ الأجرة على التأذين؛ الترمذي في الصلاة، باب ما جاء كراهية أن يأخذ على الأذان أجراً، وقال: حسن صحيح.
(6) الذخيرة: 2/ 66.
(7) الشرح الكبير: 1/ 198.
(8) انظر الذخيرة: 2/ 66 ـ 5/ 405، التوضيح: و73.
(9) تنبيه الطالب: م4/و186.

أ ـ إجماع الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ على بيع المصاحف؛ فقد بيعت في أيام عثمان ﷺ، فلم ينكر أحد من الصحابة ذلك؛ فكان إجماعاً[1].

ب ـ عمل أهل المدينة، فإن التابعين ومن بعدهم بها لم يكونوا يرون بذلك بأساً، ولم ير أحد منها ينكر ذلك[2].

ج ـ القياس على البيع، بجامع أن الرق هو المعقود عليه[3]. وأوراقه وكتابته تتأثر بالقراءة فيه؛ ففيه استيفاء منفعة من غير قصد[4].

د ـ القاعدة الكلية: أن ما جاز بيعه جازت فيه الإجارة[5].

وهذا الفرع مبني أيضاً على جواز الإجارة على تعليم القرآن؛ لأن المصحف كالمعلم، واستعمال بدن المعلم كاستعمال المصحف[6].

ومحلّ الجواز إذا لم يقصد المؤجّر بإجارته التجر، وإلّا كرهت.

ـ كراء أرض لتتخذ مسجداً مدّة محدّدة. فإذا انقضت المدّة فإنّ نقضه يكون لبانيه، يصنع به ما يشاء، لتقييده الوقف بتلك المدّة، ووجه الجواز أن الوقف لا يشترط فيه التأبيد كما يأتي[7].

وأمّا بناء مسجد للكراء، على أن يأخذ صاحبه الكراء ممّن يصلّي فيه، فالمشهور أنّه غير جائز؛ لأنّه حبس لا يباع ولا يكرى. وعن القاضي عياض أنّه مكروه، وعلّل الكراهة بأنّه ليس من مكارم الأخلاق[8]. وكذلك لا يجوز لو بناه لله تعالى، ثمّ قصد أخذ الكراء ممّن يصلّي فيه؛ لأنّه خرج عنه لله تعالى أي: كان حبساً لا حكم له ولا لأحد فيه؛ والحبس لا يباع ولا يكرى[9].

ـ يجوز إيجار الأجير، ومنه الظئر، بطعامه وكسوته. ولا يدخل ذلك في الإجارة المجهولة الممنوعة كما تقدم في الشروط. ودليل الجواز[10]:

أ ـ القياس على نفقة الزوجة؛ لأنّ الأغراض في المنافع يقوم العرف فيها مقام التسمية والاشتراط، قياساً على نفقة الزوجة.

---

(1) تهذيب الفروق: 4/ 10. (2) انظر المدونة: 3/ 396.

(3) انظر المدونة: 3/ 396، التوضيح: و72.

(4) انظر حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل: 7/ 251، الشرح الكبير: 4/ 20.

(5) انظر المدونة: 3/ 396. (6) انظر الذخيرة: 5/ 402.

(7) شرح الخرشي على المختصر: 7/ 232، الشرح الكبير: 4/ 11.

(8) المختصر الفقهي: م4/ و12و.

(9) الذخيرة: 5/ 404، المختصر الفقهي: م4/ و12و، الشرح الكبير وحاشيته: 4/ 19، منح الجليل: 7/ 490.

(10) الإشراف: 2/ 659، وبداية المجتهد: 23/ 255.

ب ـ القياس على جهل المنفعة في الإجارة؛ لأنّه لمّا جاز أن تكون المنفعة مجهولة ويرجع فيها إلى الوسط ويكفي في معرفتها بالعرف، فكذلك بدلها.

ـ يجوز للرجل أن يبيع داره المستأجرة أو دابته المستأجرة للمستأجر أو غيره، قبل انتهاء مدّة الإجارة، لكن بشرط أن يبقى لانتهائها أمداً لا يخاف تغيّرها في مثله. وأدلة الجواز ما يلي[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275]. والآية عامة.

ب ـ أنّه ليس في بيعها إبطال حقّ المستأجر.

ج ـ أنّ تسليم المبيع للمشتري إنّما يكون بعد انقضاء مدّة الإجارة، فيكون البيع من باب بيع ما في الذمة، وهو جائز وإن تأخر التسليم عن العقد؛ أو من باب بيع الرقبة واستبقاء المنفعة مدّة وهو جائز أيضاً[2].

ـ يجوز للأجير أن يبرئ المستأجر من الأجرة، أو أن يهبها له، أو أن يتصدّق بها عليه، قبل قبضها، ولا يدخل في ذلك ربا. والدليل: القياس على البيع؛ لأنّه عقد معاوضة لا يدخل في تأخير القبض فيه الربا فجاز الإبراء فيه قبل قبضها كالبيع[3].

ـ يجوز للرجل أن يستأجر من جاره طريقاً للمرور فيه. والدليل: القياس على استئجار ما يركب أو يحمل عليه؛ لأنّها منفعة معلومة يجوز بدلها بغير عوض فجاز للمالك أن يؤاجر عليها، أصلها الركوب والحمل[4].

ـ يجوز استئجار دار للسكنى بسكنى دار أخرى. والدليل: القياس على بيع الأعيان؛ لأنّ عقود المعاوضات ضربان أعيان ومنافع، فإذا كانت الأعيان يجوز بيع إحداهما بالأخرى من جنس واحد وجنسين مختلفين، فكذلك استئجار المنافع[5]. ولا يدخل في الدين بالدين الممنوع؛ لأنّ الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا كان في الذمة ويتأخر، وهنا استئجار منافع في أعيان ليست في الذمّة. نعم يمنع إذا كانت في الذمم[6].

ـ يجوز كراء أرض بأرض أخرى، المأمونة بالمأمونة، والدليل: القياس على كراء الأرض بالعين؛ لأنّ الأرض بالأرض منفعتان يجوز عقد الإجارة على كلّ واحدة منهما، فجاز العقد على إحداهما بالأخرى، كما لو كانا من جنسين.

وأما إذا كان الكراء لأرض مأمونة بأرض غير مأمونة لم يجز إذا عجلت المأمونة؛

---

(1) المعونة: 2/ 1106.
(2) الإشراف: 2/ 263.
(3) الإشراف: 2/ 658.
(4) الإشراف: 2/ 660.
(5) الإشراف: 2/ 661، والمعونة: 2/ 1103، والذخيرة: 5/ 390.
(6) المنتقى: 5/ 149، والذخيرة: 5/ 390.

لأنّه نقد في غير مأمون، ويجوز العكس، فإن سلم زرعها تمّ العقد وإلا بقيت المأمونة لربّها. ولا يجوز في غير المأمونتين[1].

- إذا استصنع رجل صانعاً ليصنع له شيئاً كخياطة ثوب، ثم جاءه آخر ليستصنعه في خياطة ثوب أيضاً، فيجوز للصانع أن يبدأ بخياطة ثوب من جاء بعد الأول، وأن لا يعمل بالترتيب لمن استصنعه أوّلاً فأوّل. لكن الأولى أن يقدّم الأول فالأول، من غير أن يكون ذلك واجباً عليه. ويشترط في جواز عدم الترتيب ما يلي:

* أن لا يكون وعد الأول بإنجاز ثوبه في وقت محدد.

* أن لا يكون فعله ظلماً بقصد المطل والإيذاء.

* أن لا يكون العرف في البلد أن يعمل على الدولة، أي: أوّلاً بأوّل؛ لأنّ العرف كالشرط[2].

- يجوز لمن يستصنع صانعاً على عمل بأجرٍ مسمّى، ثم يزيده بعد ذلك على أن يعجله له؛ لأنّ تعجيله ممكن له. لكن لا ينبغي للصانع أن يتعمّد تأخيره ومطله إضرار به لغير سبب. وللصانع أن يتسع في عمل من استصنعه ويؤخره لعمل غيره قبله دون ترتيب، أو للاشتغال بما يحتاج إليه من حوائجه على ما جرى به عرف الصناع في التراخي في أعمالهم. فإن زاده أحد على أن يتفرغ له ويعجله جاز؛ لأنّه أخذ ما زاده على فعل ما يقدر عليه ويجوز له ولا يلزمه[3]. وانظر الشروط المذكورة لذلك في المسألة السابقة.

- من استاجر أجيراً يخدمه، واشترط عليه إن احتجت إلى سفر شهراً أو شهرين في السنة سافرت بك؛ فهو جائز. ووجه الجواز أنّه وقّت له السفر شهراً أو شهرين. ويكون المشترط شهرين؛ لأنّ الأجير يدخل على الأكثر الذي يلزمه بالشرط. ولا يضرّ أن يكون المستأجر بالخيار في أن يسافر به أقلّ من شهرين وفي أن لا يسافر به أصلاً؛ لأنّ ذلك حقّ له تركه بعد انعقاد الأجرة على شيء معلوم. والأصل في جواز هذا وما كان في معناه قول الله ﷻ: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿٢٧﴾﴾ [القصص: 27]؛ لأنّ الأجير ههنا يقول: قد أجرتك نفسي على أن أسافر معك شهرين إلّا أن تخفف عنّي السفر أو بعضه، فذلك من عندك تفضّل منك عليّ.

ولو شرط عليه أن يسافر به إن احتاج إلى السفر ولم يحدّد مقداره لم يجز[4].

---

(1) الذخيرة: 5/ 391.

(2) البيان والتحصيل: 4/ 246.

(3) البيان والتحصيل: 8/ 438.

(4) البيان والتحصيل: 8/ 512.

- يجوز لعاملين اثنين، أخوين أو جارين أو غيرهما، أن يقول أحدهما للآخر: أعنّي على عملي خمسة أيام وأعينك خمسة أيام؛ لما في ذلك من الرفق بالناس للتعاون على أعمالهم، وقد يكون العمل مما لا يقدر الواحد على عمله منفرداً، فلو منع من هذا لأضرّ ذلك بالناس وتعطّلت أعمالهم، إذ كان الكثير منهم لا يقدر على الاستئجار على عمله، فكانت هذه ضرورة تبيح ذلك، وإن اختلفت الأعمال. لكن يشترط لذلك بشرطان: إن قلّ العمل، وقرب من الأيام[1].

- يجوز لمن اكترى داراً أو دابة أن يكريها لآخر، مع الكراهة في الدابة كما يأتي. ولو كان الآخر مالكها. والدليل القياس على البيع.

وإذا جاز ذلك، جاز له أيضاً أن يكريها بمثل ما اكتراها أو أكثر أو أقل، والدليل أيضاً هو القياس[2].

مكروهات الإجارة:

- يكره إجارة الحلي: ووجه الكراهة أنّه ليس من شأن الناس، والأولى إعارته لأنها من المعروف. وعبر عن ذلك في المدونة بأنه ليس من مكارم الأخلاق[3]. ونقل الشيخ خليل عن بعض فقهاء المذهب أنّ كراهة إجارة الحلي بالذهب والفضة لما يؤدي إلى بيعها بأحد النقدين غير ناجز، وهذا بناء على أنه جعل ذهاب شيء من العين شرطاً في جواز الإجارة[4]، أي: وهو ما تقدم من اشتراط إمكان وهن الذات؛ وهو قول لابن العطار، وتعقبه ابن الفخار بأنه كلام غير معقول، والمشاهدة تبعده؛ لأن الحلي من الجامدات، فلا يؤثر فيها الانتفاع[5]. وصوّب البناني التعليل بأنهم كانوا يرون أن إعارته زكاته، وهو لابن يونس[6].

وسواء كان ذلك الحلي ذهباً أو فضة، وسواء أوجر بذهب أو فضة أو عرض أو طعام، أو غير ذلك. وسواء كان الحلي محرّم الاستعمال أم لا. وإنما لم يحرم إجارة الحلي إذا كان محرم الاستعمال لأنه ليس محقق الاستعمال. وقيل: تحرم إجارته إن كان محرّماً، فهما طريقتان.

- إيجار مستأجر دابة ليكريها لمثله، سواء في الأمانة أو الخفة أو الثقل أو الفظاظة والغلظة. ولا ضمان عليه حينئذ إن تلفت الدابة أو ماتت بلا تفريط. فإنّ كان

---

(1) البيان والتحصيل: 8/ 448.
(2) الإشراف: 2/ 661، والمعونة: 2/ 1096، وبداية المجتهد: 2/ 257.
(3) انظر المدونة: 3/ 395، الذخيرة: 5/ 400.
(4) التوضيح: و71.
(5) انظر حاشية البناني على شرح الزرقاني: 4/ 19.
(6) انظر حاشية البناني على شرح الزرقاني: 4/ 19.

الأول هو الفظّ فلا ضمان بالأولى وإن كان الثاني هو الفظّ ضمن. ومحل الكراهة إذا لم يعلم حال ربّها من الرضا وعدمه. فإن علم أنه يرضى جاز وإن علم عدم الرضا لم يجز. ووجه المنع من الإكراء للغير أن صاحبها إنما أكراها للأول لأنه رضي بأمانته وحفظه[1].

ومثل الدابة الثوب، فيكره لمن استأجر ثوباً للبسه أن يكريه لمثله. ويقال فيه ما قيل في الدابة إلّا أنهما يفترقان في الضمان، فإن الدابة لا ضمان عليه فيها إن ضاعت بلا تفريطه أو ماتت وأما الثوب فيضمنه ـ أي: الأول ـ إلا لبيّنة على تلفه بلا تفريط من الثاني؛ لأنّ ضمان الأول ضمان تهمة لا ضمان عداء، وضمان التهمة يزول بالبينة[2].

ـ الإجارة على تعليم الفقه والفرائض. كما يكره بيع كتب الفقه والفرائض وإجارتها. وعلّلت الكراهة بمخافة أن يقل طلاب العلم الشرعي، والمطلوب كثرة طلبه، وبأن الإجارة عليه خلاف ما عليه السلف الصالح[3].

وأمّا تعليم عمل الفرائض بالرسم فلا يكره أخذ الأجرة عليه؛ لأنّه صنعة من الصنائع.

وقال الإمام اللخمي: اختلف في الإجارة على كتب العلم وفي بيع كتبه، ولا أرى أن يختلف اليوم في جواز ذلك لأنّ حفظ الناس وأفهامهم الآن نقصت، فلو بقي العالم بلا كتب لذهبت رسوم العلم منه. وقال ابن يونس: قد أجاز غير مالك ﷺ بيع كتب الفقه فكذلك الإجارة على تعليمه جائزة على هذا. وذكر الشيخ الدردير أن في بيع الكتب انتشاراً للعلم وسبباً لحفظه وصونه. ودليل الجواز: الاستحسان[4]. وهو دليل راجع لكلية حفظ الدين.

ـ الإجارة على تعلم الشعر. وخالف ابن حبيب فقال بجواز تعلم الشعر والنحو وأيام العرب والرسائل ونحوها، مما يليق بذوي المروءات، ومنع شعر الهجاء والخمر والخنا[5].

ـ الإجارة على قراءة القرآن بتطريب وأنغام؛ لأن القراءة على هذا الوجه مكروهة إذا لم يخرج عن حدّه، وإلّا حرمت، كالقراءة بالشاذ، والقراءة الشاذّة ما زاد على العشرة، وهو الراجح. والمراد بالتطريب تقطيع الصوت بالأنغام والأهوية. وتقدمت مسألة كراهة قراءة القرآن بتطريب وأنغام وأدلّتها في سجود التلاوة، وإنّما ذكرت هنا لبيان كراهة الإجارة على ذلك.

---

(1) انظر المدونة: 3/ 395.

(2) انظر شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 20.

(3) انظر شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 20، حاشية الدسوقي: 4/ 18، بلغة السالك: 2/ 274.

(4) المختصر الفقهي: م4/ و11ظ.

(5) الذخيرة: 5/ 405.

ووجه كراهة الإجارة على القراءة بالتطريب أنّ المقصود من القراءة التدبّر والتفهم، والتطريب ينافي ذلك[1]. وأمّا الإجارة على أصل التلاوة فجائز[2]. وقد تقدم ذكر الدليل على الجواز.

ـ إيجار دفّ ومعزف في النكاح. والدفّ طبل مغشّى من جهة يسمّى في العرف بالطار. والمعزف آلة اللهو فيشمل المزمار. ولا يلزم من جوازها في النكاح جواز الأجرة. ورجّح الشيخ الدردير أن الدف والكبر والمزمار جائزة في النكاح وتكره الأجرة عليها، وأنّ ما عداها مثل المعازف حرام في النكاح وغيره، فتحرم الأجرة عليها. ودليل الكراهة وأنه يلزم من جوازها في النكاح جواز الأجرة، مع كون الوسيلة تعطى حكم مقصدها، ما يلي:

أ ـ سدّ الذريعة. إذ لو جاز كراؤها في العرس لتوصّل به لكرائها في غيره[3]. وعلّلت كراهة إجارتها بأنّه ليس من عمل أهل الخير والصلاح[4].

ب ـ أن حكم إيجار الدف والمعزف مبني على أن استعمالهما مرجوح الفعل، لا أنه من الجائز الذي استوى فعله وتركه[5].

وأما دليل إجارة الآلات المحرمة، فهو على أصل القاعدة، من أن الوسيلة تعطى حكم المقصد.

وانظر ما ذكرناه في الوليمة، في هذا الموضوع.

ـ إيجار مسلم نفسه أو ولده لكافر فيما يحل، كخياطة وبناء، إذا كان الكافر مستبداً في ذلك بالمسلم. ويحرم فيما يلي:

* فيما لا يحل، كعصر خمر ورعاية خنزير. ويفسخ العقد ويتصدق الحاكم عليه بأجرة ما عمل أدباً له.

* فيما فيه إهانة للمسلم، بحيث يكون تحت يده، ككونه خادم بيت يقدم له الطعام ويغسل يديه منه ويجري خلفه، ومرضعة ولده. ويفسخ العقد، وله أجر ما عمل. والدليل على منع ما فيه إهانة للمسلم ما يلي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141].

ب ـ قوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»[6].

---

(1) بلغة السالك: 2/ 274. (2) بلغة السالك: 2/ 274.

(3) شرح الزرقاني على المختصر: 4/ 21، حاشية الدسوقي: 4/ 18.

(4) الذخيرة: 5/ 405، المختصر الفقهي: م4/ و11ظ.

(5) انظر حاشية العدوي على شرح الخرشي: 7/ 238.

(6) أخرجه البخاري معلقاً في الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات؛ وأخرجه الدارقطني موصولاً مرفوعاً.

ج ـ ما يؤدي إليه خدمة المسلم للكافر من علوّ الكافر عليه، وفتنته في دينه لتمكنه منه وإطعامه المحرم كالخنزير والميتة والخمر، ومنعه من الواجبات كالصلاة والصوم، وفي ذلك ما فيه من إهانة للإسلام[1].

ووجه استحقاقه أجرة عمله وعدم التصدق بها، مع كون العقد يفسخ، أن الأجرة في مقابلة منفعة مباحة عملها الأجير، والإجارة إنما منعت لوصف خارج، وهو إهانة الإسلام[2].

وأما إذا لم يكن الكافر مستبداً بعمل المسلم، بحيث يكون المسلم في حانوت، كخياط، ويأتيه الكافر والمسلم، فيجوز.

ما يجب تعيينه في الإجارة:

يجب تعيين ما يلي:

ـ المتعلّم لقراءة أو صنعة؛ ووجه وجوب التعيين فيه اختلاف حاله بالذّكاء والبلادة[3].

ـ الرّضيع؛ ووجه وجوب التعيين فيه اختلاف حاله بكثرة الرضاع وقلّته.

ـ الدار المكتراة للسكنى مثلاً، وكذلك الحانوت؛ لأن العقار لا يصح أن يكون في الذمّة. فلا بدّ من التعيين بالإشارة إلى الدار أو الحانوت أو التعيين «بأل العهدية» من ذكر الموضع والحدود ونحو ذلك مما يختلف به الأجرة.

ـ البناء على جدار استؤجر للبناء عليه بأن يذكر طول ما يبنى عليه وعرضه وكونه من حجر أو لبن أو غير ذلك. بخلاف كراء الأرض للبناء عليها فلا يشترط وصف ما يبني عليها؛ لأنّه لا يتعلق به غرض، بل يكفى علم المساحة. ووجه الفرق بين الجدار يجب تعيين ما يبنى عليه، والأرض لا يجب ذلك فيها؛ أن الجدار يلحقه الضرر بكثرة البناء، بينما الأرض لا ضرر يلحقها بذلك[4].

وهذا الفرع مبني على جواز استئجار الحائط للبناء عليه، ودليل الجواز: القياس على بقعة الأرض؛ لأنها عين يصحّ فيها استيفاء المنافع، فصحت المعاوضة عليها[5].

وأما ما روي في الحديث أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره»[6]. قال الإمام مالك فيه: «لا أرى أن يقضى بهذا الحديث؛ لأنه إنما

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 399، منح الجليل: 7/ 489.
(2) انظر الذخيرة: 5/ 398.
(3) كذا علله الشيخ الدردير، وانظر أيضاً التوضيح: و74.
(4) انظر تنبيه الطالب: م4/ و189. (5) الإشراف: 2/ 662.
(6) ورد في المدونة بلفظ «يضع خشبة على» وأخرجه البخاري في المظالم، باب لا يمنع جاره أن =

كان عن النبي ﷺ على وجه المعروف بين الناس»[1]. وقد فسر قول الإمام مالك على أنه حمل النهي في الحديث على الكراهة، لا على الحرمة والقضاء به[2]. قال الإمام المازري: المشهور عندنا أن هذا النهي على الندب والحث على حسن الجوار. وذكر القرطبي في «المفهم» أن حجة الحمل على الندب حديث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»، وأنه إذا لم يجبر المالك على إخراج ملكه بعوض، فأحرى بغير عوض[3].

ـ المحمل المكترى للركوب فيه، من شقدف ومحفة وحجفة؛ لأنه يختلف بحسب السعة والضيق، والطول والقصر، والمتانة وغيرها.

ـ المسكن، من دار أو غيرها، لاختلاف أحواله.

ووجه وجوب التعيين في الدار وما بعدها من جهة المكلف، أن الأغراض فيها مختلفة ومتباينة جدّاً[4].

وهذه المذكورات ونحوها، يجب فيها التعيين إن لم توصف وصفاً شافياً. فالواجب إمّا التعيين أو الوصف الشافي المفيد للمراد. وإلّا كانت الإجارة فاسدة، ويستثنى البناء على الجدار لا يمكن فيه إلا الوصف.

ـ الدابة المكتراة للركوب أو الحمل. فيجب فيها التعيين ولا يكفي الوصف، إلّا الدابّة المضمونة في الذمة ليتوصّل بها إلى محلّ معيّن، وذلك بأن لم تقصد عينها. فالواجب تعيين نوعها كإبل وبغال وصنفها كعراب أو بخت، وذكورة وأنوثة.

ووجه جواز كراء الدابة المعيّنة، أنّه لمّا جاز بيع الدابة المعيّنة جاز بيع ما يجوز بيعه من منافعها[5]. ووجه جواز كراء الدابة المضمونة في الذمّة، أنّه لمّا جاز بيع دابة مضمونة في الذمّة جاز أن يباع منافعها[6]. ووجه وجوب تعيين النوع في المكتراة في الذمّة بيّنه القاضي عبد الوهاب بقوله: «لأنّ الأغراض تختلف باختلاف الأجناس؛ لأنّ الجمل يقوى على الحمل أكثر من الدابة والحمار، والغرض بهذين مختلف؛ وكذلك أنواعها؛ لأنّ النجيب لا يصلح للحمل، وإنّما للركوب، وكذلك الذكر يكون أضعف من الأنثى، فلا بدّ أن يبيّن»[7]. وعلله الإمام القرافي بأنّه أحد العوضين فيبقى فيه الغرر[8].

= يغرز خشبة في جداره 2/ 869 حديث 2331؛ مسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار 2/ 1230 حديث 1609 بلفظ «يغرز خشبة في».

(1) المدونة: 3/ 404.

(2) انظر ما نقله محقق التهذيب في اختصار المدونة عن الزرويلي، في الهامش رقم: 2. (التهذيب: 3/ 367).

(3) انظر إكمال الإكمال: 4/ 311.

(4) انظر تنبيه الطالب: م4/ و187.

(5) المنتقى: 5/ 114.

(6) المنتقى: 5/ 114.

(7) المعونة: 2/ 1098.

(8) الذخيرة: 5/ 430.

فالحاصل أن الدابة أو غيرها لركوب أو غيره، لا بدّ في صحة العقد عليها من التعيين بالذات أو الوصف. لكن إن عينت بالإشارة كدابتك هذه أو التي كانت معك بالأمس انفسخت الإجارة بتلفها، وإلا فلا تنفسخ الإجارة، وعلى ربّها بدلها. فغير المعينة بالإشارة مضمونة، على ربها بدلها إن تلفت، وإلا انفسخت بتلفها.

إجارة الأجير نفسه في عملين في وقت واحد:

إذا استؤجر راع على رعي غنم أو غيرها كإبل وبقر عينت له، كهذه؛ أم لم تعيّن، كعشرة من الغنم، فإنّ له أن يرعى غنماً أخرى معها إن قوي على رعي الأخرى ولو بمشارك يعينه على رعي الأخرى. وذلك إن لم يشترط ربّ الأولى عدم رعي غنم أخرى مع غنمه. فإنّ اشترط عليه أن لا يرعى معها أخرى لم يجز له فإن خالف ورعى معها غيرها فأجره الذي أخذه في نظير رعي الأخرى لمستأجره الأول ولو قوي الأجير على رعي الجميع ولم يفوّت شيئاً. ووجه كون الأجرة على رعي الغنم الأخرى للمستأجر الأول، أن المستأجر الأول قد استحق بشرطه عدم رعي غنم أخرى جميع منفعة الراعي في الرعي[1]. فإن فوّت عليه شيئاً فالمستأجر مخيّر بين أن يعطيه الأجرة التي سماها له ويأخذ الأجرة التي في نظير رعي الأخرى وبين أن يسقط أجرة ما فوته الأجير عليه بأن ينقصه من الأجرة التي سمّاها له. وهذا في أجير الغنم.

وأمّا أجير الخدمة إذا استؤجر في خدمة فأجر نفسه في خدمة أخرى معها حتى فوّت على المستأجر الأول ما استأجره عليه أو بعضه فإنّه مخيّر أيضاً كما في أجير الغنم. فإنّ لم يفوّت عليه شيئاً بأن وفى بجميع ما استأجره عليه فلا كلام لمستأجره. بخلاف أجير الغنم.

وما تقدّم يتعلّق بإجارة الأجير نفسه في خدمة أخرى فلو عمل عملاً مجاناً بدون أجر فإنّ المستأجر يسقط من أجره بقدر ما فوته. أي: فليس هناك تخيير. فإن لم يفوّت شيئاً فلا يسقط من أجره شيء.

على من تكون رعاية ما تلده الغنم:

لا يلزم الراعي رعي ما تلده الغنم بعد الإجارة فعلى ربّها أن يأتي له براع آخر لرعي الأولاد، أو يجعل للأجير الأول أجرة في نظير رعيه، إلا إذا وجد عرف أو شرط فيعمل به، والشرط إن وجد مقدم على العرف. ووجه عدم لزوم رعي الراعي لما تلده الغنم، عند عدم العرف أو الشرط، أن العقد لم يتناول ذلك، إذ الولد لم يكن موجوداً حين العقد، وفي ذلك طروّ مشقة جديدة في الرعي[2].

ويلزم الراعي الذي يأتي به أن يرعاها مع الأمهات، لئلا يتعب راعي الأمهات إذا

(1) انظر المدونة: 3/ 408، الذخيرة: 5/ 439. (2) انظر الذخيرة: 5/ 440.

فارقت أولادها، لا لمنع التفرقة لأنها خاصة بمن يعقل. وعلله ابن مغيث الصقلي بالتفرقة، وأيده ابن عرفة، واستدل له على ذلك بما ورد من النهي عن تعذيب الحيوان، والتفرقة تعذيب لها[1].

ما يعمل فيه بالعرف:

- يعمل بالعرف في كون الخيط على الخياط أو على رب الثوب، وفي كون نقش الرحى المستأجرة للطحن عليها على المالك أو المستأجر وفي كون آلة البناء على البناء أو على رب الحائط. فإن لم يوجد عرف فعلى ربّ الشيء المصنوع وهو الثوب والجدار. ووجه كون ذلك على رب الشيء المصنوع إذا لم يوجد عرف، أن لفظ الخياطة أو البناء لا يقتضي إلا العمل[2]. وأمّا ما نقش الرحى فإنه عند عدم العرف لازم لرب الرحى سواء كان هو صاحب الدقيق أو كان الدقيق لغيره.

- ويعمل بالعرف في كراء الدابة في كون البرذعة والقتب والسرج واللجام والمقود على ربّ الدابة أو المكتري. فإن لم يكن عرف فعلى رب الدابّة.

- ويعمل بالعرف في السير بالدابة المكتراة ليلاً أو نهاراً، وفي باقي أحوال السير من كونه بالهوينا أو حدراً أو متوسطاً وفي المنازل التي ينزل بها في سير المسافة وقدر الاقامة بها ولا كلام لربّ الدابة ولا للمستأجر مع العرف.

فإن لم يكن عرف فلا بدّ في السير والمنازل من البيان وإلا فسد الكراء لعدم صحتها وفسخ لزيادة الغرر.

- ويعمل بالعرف فيما يعلق بجنب الرحل ممّا يحتاج له المسافر من نحو سمن وزيت وعسل، وفي الزاملة[3] التي يضع فيه المسافر حاجته، كخرج وكيس ونحوهما.

فإن لم يكن عرف في ما يعلق والزاملة فلا يفسخ ولا يلزم المكري حملها.

- ويعمل بالعرف في فراش المحمل هل هو على رب الدابة أو على المكتري. فإن لم يكن عرف لم يلزم المكري أي: ربّ الدابة الإتيان به.

- ويعمل بالعرف في بدل نقص الطعام المحمول على الإبل إذا نقص بأكل أو بيع. فإن لم يكن عرف فعليه وزن الحمل الأول.

- ويعمل بالعرف في توفير الطعام المحمول بالكراء إذا أراد ربّه أن يوفّره من أكل أو بيع ونازعه ربّ الدابة، فإن لم يكن عرف فلا كلام لربّ الدّابّة وعليه حمله إلى غاية المسافة ولو زاد الطعام ثقلاً كنزول المطر عليه. فقال سحنون لم يلزم المكري إلا زنة الحمل المشترط.

---

(1) انظر المختصر الفقهي: م4/ و18و. (2) انظر الذخيرة: 5/ 425.

(3) الزاملة ما يحمل فيه، كالخرج ونحوه. الذخيرة: 5/ 427.

ـ ويعمل بالعرف في نزع ثوب مكترى للبس مثل القميص والعمامة والشال الذي يغطّى به الرأس فيجب عليه نزعه في الأوقات التي جرى العرف بنزعه فيها، كالليل والقائلة. فإن لم يكن عرف حمل على دوام اللبس وإن اختلف العرف وجب البيان فإن لم يبيّن كانت الإجارة فاسدة.

أجرة ذهاب الأجير إلى مكان العمل[1]:

من استأجر أجيراً أياماً على عمل بعينه، في غير الموضع الذي استأجره فيه، فله الأجرة في ذهابه إلى عمله، ولا أجرة له في انصرافه؛ لأنّه انصرف إلى غير عمله. قال ابن رشد الجدّ: وهذا إذا لم يكن عند الناس في ذلك عرف، فإن كان فيه عندهم عرف وجب الحكم به.

الضمان في الإجارة:

الأصل في المستأجر لشيء، من حيوان أو عرض، وكذا الأجير كالراعي؛ أنه أمين فلا ضمان عليه. والدليل على ذلك، ما يلي:

أ ـ القياس على الوكيل والمودع؛ لأنه مأذون له في المباشرة[2].

ب ـ العمل بالبراءة الأصلية، أي: أن الأصل أنهم مؤتمنون، وتضمين الصناع منهم ـ على ما يأتي ـ هو من باب المستثنى من الدليل[3].

والدليل الخاص بالراعي على أنه أمين، ما يلي:

أ ـ عن نافع أنه سمع ابن كعب بن مالك يخبر ابن عمر، أن أباه أخبره أن جارية لهم كانت ترعى غنماً بسلع، فأبصرت بشاة موتاً، فكسرت حجراً فذبحتها به، فقال لأهله: لا تأكلوا حتى آتي النبي ﷺ فأسأله، أو حتى أرسل إليه من يسأله، فأتى النبي ﷺ أو بعث إليه، فأمر النبي ﷺ بأكلها[4]. ووجه الاستدلال من الحديث أن فيه تصديق الراعي فيما اؤتمن عليه، حتى يظهر عليه دليل الخيانة والكذب[5].

ب ـ القياس على الوكيل؛ لأنه أمين[6].

ج ـ شهادة العرف له بأن في فعله مصلحة؛ لأن ذلك يكثر في الرعي[7].

---

(1) البيان والتحصيل: 8/ 520.

(2) انظر الذخيرة: 5/ 502، المختصر الفقهي: م4/ و18و.

(3) انظر عدة البروق: 548.

(4) مالك في الذبائح، باب ما يجوز من الذكاة حال الضرورة، والبخاري في الذبائح، باب ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 13/ 208.

(6) انظر المعونة: 2/ 1109، الجامع لأحكام القرآن: 13/ 208.

(7) انظر الذخيرة: 5/ 507.

ويظهر الفرق بين الصانع، إذ ضمّنوه ـ كما يأتي ـ، والراعي لم يمنوه، مع أن كلاً منهما أجير، بما يلي:

أ ـ أن الراعي يجري مجرى الحمال إذا حمل غير الطعام ـ كما يأتي ـ إذا لم يثبت تعدّيه.

ب ـ أن الراعي لا يؤثر في أعيان المواشي برعايته وعمله شيئاً، مكان بمنزلة الأمين؛ بينما الصانع يؤثر في عين المصنوع وذاته، كالخياط والطراز والصباغ والنجار ونحوهم؛ لأن السلعة إذا تغيرت بالصفة لا يعرفها صاحبها إذا وجدها قد بيعت في الأسواق، فكان الأصلح للناس تضمين الصناع دون الرعاة.

ج ـ أن اقتناء المواشي قليل في الناس، وليس بعام فيهم، فكانت حاجتهم للرعاة ليست عامة؛ بينما استصناع الناس أصحاب الصنائع وحاجتهم إليهم عامة، فالضرورة الداعية إلى الصناع أشدّ منها في الرعاة.

د ـ أن الإنسان يقدر على الرعي بنفسه من غير أن يسترعي أحداً، ولا يقدر على الصنائع التي يباشرها الناس إلّا بتعلم وتعاط؛ فلم تكن فيه الضرورة كالضرورة في الصنائع[1].

ويكون المستأجر لشيء والأجير لا ضمان عليهما على النحو التالي:

1 ـ إذا ادّعى الضياع أو التلف. كان ممّا يغاب عليه أم لا. ويحلف إن كان متهماً لقد ضاع وما فرطت، ولا يحلف غير المتهم. وقيل: يحلف غير المتهم فيقتصر في يمينه على قوله ما فرطت، ولا يحلف على الضياع. والفرق أن غير المتهم إذا وقع منه ضياع إنما يكون من تفريطه فيكفي حلفه ما فرطت. وهناك قول ثالث: إنه كالمتهم يحلف لقد ضاع وما فرطت.

ولا ضمان على المستأجر ولا الأجير المذكورين ولو شرط عليه إثبات الضمان في العقد. ويفسد عقد الإجارة بهذا الشرط. ووجه الفساد أنّه شرط يناقض مقتضى العقد. فإن وقع فله أجرة مثله زادت على المسمّى أو نقصت قاله ابن القاسم.

ومحل الفساد إن لم يسقط الشرط قبل الفوات، وإلا صحّت، والفوات هنا يكون بانقضاء العمل. فإسقاطه في أثنائه كإسقاطه قبله في إفادة الصحّة.

والحاصل أنّه شرط مفسد للعقد ما لم يسقط لكن لو عثر عليه بعد العمل فله أجر مثله ولا يعمل بالشرط.

2 ـ ومثل التلف والضياع في عدم الضمان الأجير إذا عثر أو عثرت دابته بدهن أو غيره استؤجر لحمله، أو عثر بآنية فانكسرت، أو انقطع الحبل الذي ربط به الأمتعة،

---

(1) انظر عدة البروق: 541 ـ 546.

فتلفت، فلا ضمان عليه. ووجه ذلك أن الأجير معه الإذن ويده يد أمانة[1]. ودليل عدم الضمان في عثار الدابة قوله ﷺ: «جرح العجماء جبار»[2]. وعدم الضمان بالتلف مقيّد بأمرين:

الأول: ما لم يتعدّ في فعله أو سوقه الدابة، فإنّه يضمن لتعدّيه، فإن كذّبه ربّه ـ بعدم تعدّيه ـ فلا يصدّق في الطعام والإدام إلّا ببينة ويصدق في غيره. والدليل على عدم تصديقه في الطعام والإدام خاصة ما يلي:

أ ـ المصلحة[3].

ب ـ سد الذريعة[4].

وعلة التضمين في الطعام والإدام ما فيهما من قوة التهمة، لكون الطبع يحث على أخذ الطعام ويميل إليه[5]، ولما جرت عليه عادتهم من التعدّي في ذلك بالأكل من الطعام الذي يستأجرون على حمله، قال القاضي عبد الوهاب في توجيه ذلك وبيان الفرق بين الطعام وسائر العروض: «لأن العادة جارية بأن الأكرياء يتسرعون إلى أكل الطعام الذي في أيديهم لدناءة نفوسهم، ويحملون على أن نفوس الناس وأهل المروءات والأقدار يأنفون من أن يطلبوهم بمثله من المأكولات، لا سيما العرب مع كرمهم وعزة نفوسها واعتيادها بذله والسماحة به، وفي ذلك إضرار بالناس؛ وليس كذلك العروض وغيرها؛ لأنه لا يقبح في العادة المطالبة بها، وإن قل ما يستأجر على حمله منها، ولا جرت عادة الأكرياء بالتسرع إلى تناولها كما جرت عادتهم بذلك في الطعام؛ ولأن بالحجاز يتنافس في الطعام لضيق العيش هناك وشدة الحاجة إليه، فلو لم يضمن الأكرياء لتسرعوا إلى تناوله ولحق الناس الضرر»[6]. ورأى الونشريسي في أصول الشرع ما يدعم هذا التفريق بما جاء فيها من التفرقة بين ما كان مقيماً للرمق وبين غيره، في منع التفاضل في الجنس الواحد، وإجازة ذلك في غير الأقوات، وإن كان جنساً واحداً لاختلاف منافعها. إلا أنه نقل استشكال بعض المحققين من المشائخ تضمين الحمالين للطعام فقط وتعميم الحكم على أهل الحجاز وغيرهم، بقوله: ما الذي يقبض يداً تصل إلى الطعام ولا تصل إلى ما هو أعلى من ذلك؛ وقوله: وإن كان ذلك في الحجاز فما بالك بالمغرب، وهو من أخصب أرض الله أرضاً وأشبعها بلاداً[7]. وقد يردّ عليه ويرفع

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 512، عدة البروق: 549.

(2) البخاري في الديات، باب العجماء جبار 6/ 2533 حديث 6514؛ مسلم في الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار2/ 1334 حديث 1710 ولفظه عندهما «العجماء جرحها جبار» (انظر الفائق: م4/ و22ظ، المختصر الفقهي، ابن عرفة: و45و).

(3) انظر الإشراف: 2/ 665، المقدمات: 2/ 247، الذخيرة: 5/ 512.

(4) انظر المقدمات: 2/ 247.

(5) انظر الفائق: م4/ و21ظ.

(6) المعونة: 2/ 1107.

(7) انظر عدة البروق: 557.

الإشكال ما ذكره ابن راشد القفصي أن الطعام يميل إليه الطبع وبذلك قويت التهمة فيه[1]. يعني أن التهمة قوية فيه في الحجاز وغيره، مع ضيق العيش واتساعه.

ج ـ الاستدلال بالأصول، فالأصل في حامل الطعام أنه ضامن حتى تقوم البينة على عدم عداه؛ والأصل في حامل غير الطعام سقوط الضمان عنه حتى يغرّ أو يفرط[2].

والسفينة كالدابة في التفصيل بين حمل الطعام وغيره.

الثاني: ما لم يغرّ بفعله. فإنّ غرّ بفعله ضمن، كربطه الأمتعة بحبل رث أو مشيه بالدابة بمكان زلق، فإنه يضمن؛ لأنه مفرط[3]. فإن لم يغرّ بفعله وغرّ بقوله فلا ضمان عليه؛ لأنّه لا أثر للغرور القولي، كأن يأتي أحد بشقة لخياط ويقول له: إن كانت تكفي ثوباً ففصلها، فقال: تكفي، ففصلها فلم تكف، فلا ضمان على الخياط وإن علم عدم كفايتها، إلّا أن يشترط عليه بأن قال له: إن علمت أنّها تكفي ثوباً ففصلها وإلا فلا، فقال: تكفي مع علمه بأنها لا تكفي فيضمن. وتعليل الضمان هنا أنه لم يؤذن له في قطعه إلا بشرط أن يكون فيه ثوب، فإذا قطعه ولا ثوب فيه وجب عليه ضمانه؛ لأن ذلك خيانة منه[4].

ومن الغرور القولي، قول الصيرفي في دنانير أو دراهم إنها جيدة مع علمه بأنّها رديئة فلا ضمان عليه ولو بأجرة. وقيل: يضمن مطلقاً وقيل: إن كان بأجرة، واستظهر هذا القول.

3 ـ حارس الدار أو البستان أو الزرع أو حارس طعام أو عرض، لا ضمان عليه لأنّه أمين. ولو كان حمّامياً إلّا أن يتعدّى أو يفرّط. ودليل عدم تضمين الحارس وصاحب الحمام:

أ ـ القياس على المودع؛ لأنه أمين، بجامع أن قبض الثياب لمنفعة صاحبها دون منفعة نفسه[5].

ب ـ الاستحسان، كما نقل عن الإمام اللخمي. ووجهه عنده أن صاحب الثياب إنما اشترى منافع، وهو يتولى قبضها بنفسه، وهو الانتفاع بالحمام، والثياب خارجة عن ذلك، فهي وديعة بإجارة، وليس أخذ الإجارة عليها مما يخرجها عن أن تكون أمانة، إلّا أن تظهر منه خيانة فينتقل الحكم فيه ويضمن[6].

ج ـ أنهم منزلون منزلة الأجراء، والأجراء لا ضمان عليهم إلا بالتعدي أو التفريط[7].

---

(1) انظر الفائق: م4/ و21و.
(2) انظر تنبيه الطالب: م4/ و199.
(3) الذخيرة: 5/ 527.
(4) انظر البيان والتحصيل: 4/ 222.
(5) انظر المعونة: 2/ 1109، المنتقى: 5/ 77.
(6) انظر المنتقى: 6/ 76، الفائق: م4/ و76.
(7) انظر المدونة: 3/ 413.

ومن التفريط ما لو قال الحمّامي: رأيت رجلاً يلبس الثياب فظننت أنّه صاحبها. ومن التفريط نوم الحارس في وقت لا ينام فيه. ودليل عدم تضمين حارس الدار والطعام ونحوهما: دلالة الأولى من حارس الحمام، ووجه ذلك أنهم أمناء وهم في سقوط الضمان عنهم أبين من حارس الحمام؛ لأن هؤلاء أقامهم المالك ورضي بهم لنفسه، وحارس الحمام أقامه صاحب الحمام ولم يختاره المحمم لنفسه[1].

ووجه الفرق بينهم وبين الصناع الذين عليهم الضمان، كما يأتي، أن إجارة الصناع لها تعلق بالعمل، وإجارة الحارس وصاحب الحمام ونحوهما لا تعلق بالعمل، قياساً على المودع، كما تقدم[2].

ووجه تضمين الحمامي عند التفريط بإعطاء الثياب لغير صاحبها، أنه أخطأ عليه متاعه فدفعه إلى غيره؛ وأموال الناس تضمن بالعمد والخطأ[3].

وأصل المذهب أنّه لا ضمان على الحراس والخفراء في الحارات والأسواق وكذا على البوابين في الخانات وغيرها. واستحسن بعض المتأخرين ـ كالأجهوري ـ تضمينهم من غير ثبوت تفريط منهم نظراً لكونه من المصالح العامة وارتكاباً لأخف الضررين.

4 ـ أجير الصانع: لا ضمان عليه لأنّه أمين للصانع إذا كان يعمل بحضرة صانعه وإلا ضمن؛ لأنه صار له حكم الصانع المشترك المنتصب للناس، كما يأتي بيانه[4].

5 ـ السمسار يطوف بالسلع في الأسواق لبيعها، إذا كان خيّراً ذا أمانة، لا ضمان عليه إذا ادّعى ضياع شيء مما بيده بغير تعدّيه وبلا تفريط منه. وهذا في السلعة قبل بيعها أو في ثمنها إذا ضاع بعد البيع وفي ما يحصل في السلعة كالثوب من تمزيق أو خرق بسبب نشر أو طيّ إذا لم يخرج عما أذن له فيه ويضمن كما إذا ادعى أنه باع سلعة لرجل وأنكر ذلك الرجل الشراء ولم يكن له بينة عليه لتفريطه بترك الإشهاد. وقيّد بعضهم عدم ضمان من ظهر خيره بما إذا لم ينصب نفسه للسمسرة وإلّا ضمن كالصانع. وقد اعتبر ابن عرفة هذا القيد.

وأمّا من لم يظهر خيره فيضمن، كذا أفتى ابن رشد. وقيل: لا يضمن السمسار مطلقاً قال عياض: وهو المعروف من قول مالك وأصحابه، قال: لأنهم وكلاء وليسوا بصنّاع.

6 ـ النوتي إذا غرقت سفينته بفعل سائغ في تسييرها وفي المشي بها في ريح أو موج، بحسب المعتاد وفي وسقها الوسق المعتاد، فلا ضمان عليه في نفس ولا مال. وأولى إذا غرقت بغير فعل كهيجان البحر واختلاف الريح مع عجزه عن صرفها.

---

(1) انظر الفائق: م4/ و21و.
(2) انظر المنتقى: 6/ 77.
(3) انظر البيان والتحصيل: 4/ 237.
(4) انظر المنتقى: 5/ 76، الذخيرة: 5/ 518، تنبيه الطالب: م4/ و199.

وإن غرقت بفعل لا يسوغ في سيرها أو حملها ضمن. وإن تعمّد الفعل فالقصاص. والعلة في تضمين النوتي التعدّي، فحيثما غابت العلة فلا ضمان[1].

7 ـ المستأجر لدابة إذا ضربها أو ساقها بالعصا، على عادة الناس من غير خرق فعطبت لم يضمن؛ لأنّ العرف جار به بأنّه لا بدّ للدابة من سوق وزجر على السير، والضرب على قدر الحاجة، فكان هذا القدر مأذوناً فيه، فلم يضمن ما حدث عنه[2].

8 ـ من استعان بصغير بغير إذن وليه في شيء فتلف فيه، فإن كان مما يتلف في مثله ولا يلحق ضرر بالاستعانة فيه فلا يضمن ما كان عنه، مثل: ناولني هذه المروحة أو هذه الخرقة أو ما أشبه ذلك؛ لأنّ ضرورة العادة قاضية بأنّ مثل هذا لا يكون منه تلف، وأنّ الناس يتسامحون به فيما بينهم، فلا ضمان فيه إن حدث عنه تلف، ولا أجرة فيه مع السلامة. وإن كان الشيء المستعان فيه مما له بال وخطر، وتطلب الأجرة في مثله، فهو متعدّ بذلك، ولولي الصغير مطالبته بالأجرة إن سلم؛ لأنّه استوفى منافع لها قيمة بغير إذن من إليه الإذن فيها، فكان ضامناً للبدل فيها بتعدّيه؛ وإن حدث عن ذلك تلف ضمن ديته؛ لأنّه سبب تلفه باستعمالها على وجه التعدّي[3].

وفيما عدا ما تقدم يكون المستأجر أو الأجير ضامناً، وذلك كما يلي:

ـ الراعي إذا خالف المرعى الذي شرط عليه، فهلكت الماشية أو ضاعت فيضمن.

ـ الراعي إذا أنزى الفحل على الإناث بلا إذن من ربّها فعطبت أو ماتت تحت الفحل أو عند الولادة فيضمّن، إلّا لعرف بأن الرعاة تنزي ولا تستأذن فلا ضمان. فوجه الضمان فيما فيه الضمان، أن الإذن بالرعي لا يتناول الإنزاء[4].

ـ إذا غرّ بفعل فإنّه يضمن، كما تقدم. وكذلك إذا غرّ بقول انضمّ له شرط كما تقدم أيضاً.

وكلّ من الراعي وما بعده فالضمان يكون بالقيمة يوم التلف لا يوم التعدّي ولا يوم الحكم.

ـ الصانع في مصنوعه فقط لا في غيره. وذلك كثوب يخيطه أو حلي يصوغه أو خشبة ينشرها أو حبّ يطحنه. ودليل تضمين الصناع ما يلي:

أ ـ عن سمرة عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[5].

---

(1) انظر المعونة: 2/ 1108.

(2) المعونة: 2/ 1107.

(3) المعونة: 2/ 1110.

(4) انظر الذخيرة: 5/ 508.

(5) أبو داود في الإجارة، باب تضمين العارية 3/ 822 حديث 3561؛ الترمذي في البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداة، وقال: هذا حديث حسن صحيح. (انظر الذخيرة: 5/ 503).

ب ـ ما روي عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم»[1].

ج ـ القياس على المقترض والمستعير فيما يغاب عليه، وصورته: أن الصانع قبض العين لنفع نفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم، فلم يقبل قوله في تلفها كالمقترض والمستعير. والحكم المقيس عليه منصوص عليه، وقد تقدم في الحديثين المذكورين[2].

د ـ إجماع الصحابة على ذلك، فقد روي ذلك عن عمر[3]، وعلي[4] ﵄، ولم يعلم لهما مخالف[5]. قال ابن رشد الجد: «قال يحيى بن سعيد: ما زال الخلفاء يضمنون الصناع. ولم يكن الخلفاء ليضمنوهم والصحابة متوافرون، إلّا بعد مشورتهم واجتماع ملائهم على ذلك، وقد ادعوا على علي ﵁ رواية أخرى ولم تثبت، ولو ثبتت لحمل ذلك على أنه رجع عنها إلى قول الجماعة، وإجماع الصحابة حجة على من بعدهم»[6]. وقال ابن عبد السلام: «عمل الصحابة يستلزم وجود النص غالباً»[7].

هـ ـ العمل بالمصلحة المرسلة. وفي توجيه العمل بها قال القاضي عبد الوهاب: «لأن ذلك يتعلق به مصلحة الصناع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف أموال الناس. وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع؛ لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ويقصر ثوبه أو يطرزه؛ فلو قبلنا قول الصناع في الإتلاف، مع علمهم بضرورة الناس إليهم، لتسرعوا دعوى ذلك ولحق أرباب السلع الضرر؛ لأنهم بين أمرين، إما أن يدفع إليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه، أو لا يدفعوه فيضر بهم؛ فكان تضمينهم صلاحاً للفريقين»[8]. وفيه مراعاة للمصلحة العامة، أي: في الضمان لصالح جمهور المستصنعين،

---

(1) أبو داود في الإجارة، باب تضمين العارية؛ والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وقال: حديث أبي أمامة حسن غريب؛ وابن ماجه في الصدقات، باب العارية. انظر عدة البروق: 559.

(2) انظر الإشراف: 2/ 665، المعونة: 2/ 1111، عدة البروق: 546، 559.

(3) أخرجه عبد الرزاق في البيوع، باب الأجير الذي يعمل بيده، وابن أبي شيبة في البيوع، باب في القصار والصباغ وغيره، عن بكير بن عبد الله بن الأشج أن عمر بن الخطاب ضمّن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم.

(4) أخرجه البيهقي في الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، وابن أبي شيبة في البيوع، باب في القصار والصباغ وغيره، عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي، أنّه كان يضمن الصباغ والصائغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك.

(5) انظر الإشراف: 2/ 665، المقدمات: 2/ 245، الفائق: م4/ و26ظ.

(6) المقدمات: 2/ 245.

(7) تنبيه الطالب: م4/ و197.

(8) الإشراف: 2/ 665، وانظر أيضاً المعونة: 2/ 1111، المقدمات: 2/ 343 ـ 345، الذخيرة: 5/ 503.

على مراعاة المصلحة الخاصة، أي: في سقوط الضمان عن أفراد الصناع[1].

ولم تعتبر المصلحة في غير الصناع؛ لأن الصناع يغيرون الأمتعة بصنعتهم حتى يكاد تخفى عن أصحابها، وذلك مفقود في غيرهم، كالراعي والسمسار والحارس ونحوهم[2].

ز ـ سدّ الذريعة، كما أشار إلى ذلك القاضي عبد الوهاب فيما تقدم[3].

والفرق بين إيجاب الضمان على الصناع ابتداء، وبين غيرهم من المستأجرين والأجراء لا يضمنون إلا بثبوت التعدّي؛ أنّ الأصل في قبض الصناع لأمتعة الناس هو على الضمان لأنهم متهمون، بينما غيرهم الأصل فيهم أنهم أمناء على ما يستأجرونه[4].

ولا ضمان على الصانع في غير مصنوعه، كما لو جعل الشيء المصنوع في ظرف فادعى الصانع ضياعها، فإنّه يضمن ما له فيه الصنعة لا الظرف، ولو كان الصّانع محتاجاً له في العمل فلا يضمنه كقفة الطحين والكتاب الذي ينسخ منه. وهذا قول سحنون، وعلله بأنه لا عمل له فيه[5]. وقال ابن حبيب يضمن الصانع ما لا يستغنى عنه سواء احتاج له الصانع أو المصنوع. وقال ابن المواز: يضمن الصانع ما يحتاج في عمله كالكتاب الذي ينسخ منه دون ما يحتاج إليه المصنوع كظرف القمح والعجين، ووجه عدم تضمينه الظرف أنه باق عنده على حكم الوديعة[6].

ويضمن الصانع مصنوعه على ما تقدم ولو كان يصنعه ببيته دفعاً لما يتوهم من عدم ضمانه في هذه الحالة؛ لأنه لما عمل في بيته صار كأنه لم ينصب نفسه للعمل للناس. ودليل هذا القول المتوهم، هو أن الأصل في الصناع عدم تضمينهم وأنهم مؤتمنون؛ لأنهم أجراء، وقد أسقط الشرع عن الأجير الضمان، فأخرج أهل العلم الصناع من ذلك لنصبهم أنفسهم لأعمال الناس وأخذ أمتعتهم، وإذا لم ينصب نفسه بقي على الأصل ويسقط عنه الضمان[7].

ويضمن أيضاً ولو كان يصنعه بلا أجر، فأولى بأجر في حانوته. ودليل تضمينه ولو عمله بلا أجر: القياس على ما لو عمله بأجر، بجامع انتفاء البينة على عدم التفريط[8]. ووجه آخر أن تركه الأجر لا يخرجه عن سنة الصناع في الضمان، كما لو عمله بأجر ثم وهبه لصاحب المصنوع[9].

---

(1) انظر تنبيه الطالب: م4/ 197، التوضيح: و81.
(2) انظر الفائق: م4/و20ظ.
(3) الإشراف: 2/ 665، وانظر أيضاً المقدمات: 2/ 343 ـ 345، بداية المجتهد: 2/ 261.
(4) انظر المعونة: 2/ 1112.
(5) انظر البيان والتحصيل: 4/ 231.
(6) تنبيه الطالب: م4/ و199.
(7) انظر البيان والتحصيل: 4/ 243، عدة البروق: 548.
(8) انظر الإشراف: 2/ 665، المنتقى: 5/ 72.
(9) انظر المعونة: 2/ 1112.

وسواء في تضمين الصانع تلف المصنوع بصنعته أو بغيرها، إلا أن يكون في صنعته تغرير، كما يأتي.

شروط تضمين الصانع:

يشترط لتضمين الصانع خمسة شروط:

1 ـ أن ينصب نفسه للصنعة للناس، ويسمى الصانع المشترك. احترازاً عن الأجير لشخص خاص أو جماعة مخصوصين فلا ضمان عليه.

2 ـ أن يغيب الصانع على الشيء المصنوع بأن لا يعمله في بيت ربه وإن لم يكن حاضراً أو بحضوره ولو في غير بيته، وإلّا فلا ضمان عليه.

3 ـ أن يكون المصنوع مما يغاب عليه أي: بأن يمكن إخفاؤه. ووجه هذا الشرط والذي قبله، هو أنه إنما يضمن بالقبض، وإلّا فلا وجه للتضمين لعدم موجبه، وهو الانفراد بقبضٍ يتهم فيه بادعاء التلف[1].

4 ـ أن لا يكون في صنعته تغرير، أي: تعريض للإتلاف، كثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف والختان وقلع الضرس وخبز العيش في الفرن والطب، فلا ضمان إلّا بالتفريط. قال ابن رشد الجد في توجيه عدم تضمين الصانع إذا كان في صنعته تغرير: «إذا أخذها من مأخذها ولا يغر من نفسه، لم يكن عليه ضمان، وقبل قوله بلا بينة؛ لأن شاهده فيه حاضر، ورب اللؤلؤة مدّع عليه التعدّي، إذ لا يظهر فيها من صنعته إلّا ما كان يجوز له أن يعمله وهو مقام شاهد؛ لأنه قد أذن له في العمل وجعل ذلك إليه ومكّنه، وهو مدّع عليه فيما يريده من الضمان. وكذلك كلّ صاحب صنعة على هذا الشرح»[2]. ووجّهه في موطن آخر بقوله: «لأنه ممّا فيه التغرير على ذلك، فكأن صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه»[3].

ووجه التغرير في خبز العيش في الفرن، أن النار تغلب ولا يقدر على التحكم فيها[4].

5 ـ أن لا تكون له بينة بتلفه بلا تفريط.

وإذا ضمن الصانع فإنه يضمن القيمة يوم دفع المصنوع للصانع، لا يوم التلف ولا يوم الحكم، إلّا أن يرى المصنوع عنده بعد يوم الدفع فإن رئي بعده فبآخر رؤية.

وإذا كانت القيمة تعتبر يوم الدفع، فلا أجرة للصانع. وكذا إذا اعتبرت بآخر رؤية ولم يكن مصنوعاً. فإن كان مصنوعاً ضمن قيمته مصنوعاً، وعلى ربّه الأجرة. ووجه

---

(1) انظر المعونة: 2/ 1111.

(2) البيان والتحصيل: 4/ 252، وانظر أيضاً المنتقى: 6/ 72.

(3) المقدمات: 2/ 251، الفائق: م4/ 27ظ. (4) انظر المدونة: 3/ 374.

وجوب الأجرة أن الأجرة في مقابلة العمل دون سلامة السلعة، فإذا حصل العمل وجب استحقاق الأجرة[1].

وإذا شرط الصانع نفي الضمان عن نفسه فإنه يضمن ولا يفيد شرطه. وهو شرط مفسد للعقد. وعلل فساد العقد بأمرين:

الأول: بأنه يناقض مقتضى العقد[2].

الثاني: بنفي الضرر عن الناس. وذلك لأن الناس لو أمكنوا من ذلك ما عمل صانع إلا اشترط أن لا ضمان عليه، فيدخل على الناس بذلك ضرر، إذ لا بدّ لهم من استئجارهم[3].

فإن وقع العقد وعثر عليه بعد العمل ففيه أجر المثل قلّ أو كثر دون المسمّى.

وينتفي الضمان بأن تقوم للصانع بيّنة بضياعه أو تلفه بلا تفريط فلا ضمان عليه. وهذا لأنّ ضمان الصانع ضمان تهمة ينتفي بإقامة البينة، ولا تراعى الذريعة مع العذر الظاهر[4]، وحينئذ فتسقط الأجرة عن ربّه؛ لأنّه لا يستحقها إلا بتسليمه لربّه مصنوعاً؛ أو يحضره الصانع لربّه مصنوعاً على الصفة المشترطة.

فإن أحضره الصانع لربّه مصنوعاً على الصفة المشترطة فتركه صاحبه عنده، فادّعى ضياعه فلا ضمان عليه؛ لأنّه خرج حينئذ إلى حكم الإيداع، ولا تسقط الأجرة لأنها تستحق بالتسليم وقد حصل. وتعليل استحقاق الصانع الأجرة بالتسليم، هو تعليل قائم على النظر المصلحي، بتشريك الصانع وصاحب المصنوع في المصيبة[5].

وهذا ما لم يتركه عنده رهناً في نظير الأجرة، وإلا كان حكمه حكم الرهن يضمنه ضمان الرهان، ولا تسقط الأجرة سواء ضمنه بالفعل أم لا.

ويصدّق الراعي إن ادّعى ضياع بعض الماشية بلا تفريط، أو ادّعى الخوف من موت بعضها فنحر أو ذبح وجاء بها مذكاة وخالفه ربّه وقال له: بل تعدّيت كما يصدّق إن ادّعى سرقة ما نحر، وقال نحرتها لخوف موتها فسرقت، وخالفه ربّها وقال: بل أكلتها، وفي كلا المسألتين يحلف الراعي إذا اتهم فقط. وتقدم الدليل على تصديق الراعي وعدم تضمينه.

فإن خاف الراعي موتها وترك ذكاتها حتى ماتت ضمنها.

وإذا قال: ذبحتها خوف الموت وأكلتها لم يصدّق، إذا كان محل الرعي قريباً،

---

(1) انظر المعونة: 2/ 1112.

(2) كذا علله الشيخ الدردير، وانظر أيضاً الذخيرة: 5/ 505.

(3) انظر البيان والتحصيل: 4/ 226. (4) المقدمات: 2/ 344.

(5) انظر بداية المجتهد: 2/ 261، تهذيب الفروق: 4/ 29.

وذلك لقوة التهمة[1]، وإلّا صدّق. ومحلّ عدم تصديقه ما لم يجعل له ربها أكلها وإلّا صدّق.

ومثل الراعي في التصديق الملتقط للجمل ونحوه إن ادّعى خوف الموت فذبح. وأمّا المستأجر والمستعير والمرتهن والمودع والشريك فلا يصدق واحد منهم في دعوى التذكية لخوف الموت إلّا بلطخ أو بيّنة، وإن كانوا يصدّقون في التلف أو الضياع. وذكر الشيخ الدسوقي أن الفرق بين هؤلاء والراعي مع كون الجميع أمناء لعلّة تعذّر الإشهاد من الراعي غالباً، بخلاف هؤلاء فإنّه لا مشقّة عليهم في الإشهاد غالباً.

ومن مرّ على دابّة شخص فذكاها وادّعى أنه فعل ذلك خوف موتها، أو سلخ دابة غيره وادّعى أنّه وجدها ميتة فلا يصدّق إلّا ببيّنة أو لطخ.

فسخ الإجارة:

قاعدة المذهب أنّ كلّ عين يستوفى منها المنفعة فبهلاكها تنفسخ الإجارة، كموت الدابة المعينة وكانهدام الدار.

وعلّل القاضي عبد الوهاب انفساخ الإجارة عند هلاك العين التي تستوفى منها المنفعة بقوله: «إنّ الأصول موضوعة على أنّ كلّ ما كان لأحد المتعاقدين فسخه بوجه، كان للآخر أن يفسخ بمثل ذلك الوجه، كعقد الشركة والوكالة والقراض، وكذلك البيوع إذا وجد أحدهما بأحد العوضين عيباً كان له الفسخ، فكذلك في مسألتنا»[2].

وعلى هذا ينبني ما يلي:

1 ـ تنفسخ الإجارة إذا تعذر ما يستوفى منه المنفعة، كدار وحانوت وحمام وسفينة ونحوها، وإن لم تعيّن حال العقد، ودابة عيّنت. فالتفصيل بين المعيّنة وغيرها إنما هو في الدابّة وأمّا الدار والحانوت والحمام والسفينة ونحو ذلك ممّا ليس بدابة فلا يشترط التعيين فيه ابتداء بل متى تعذّر شيء ممّا يستوفى منه انفسخت الإجارة، قالوا: لأن العقد عليها لا يكون إلا في معيّن. ولكن هذا لا يظهر في السفينة، بل هي بالدابة أشبه. والكلام المتقدم يقتضي تسويتها بالعقارات.

واستعمال لفظ التعذّر أعمّ من لفظ التلف. فيشمل الضياع والمرض والغصب وغلق الحوانيت قهراً وغير ذلك ممّا يأتي.

وإذا فسخت الإجارة رجع للمحاسبة باعتبار ما حصل من المنفعة وما لم يحصل، وباعتبار المسافة طولاً وقصراً وسهولة وصعوبة.

فما حصل من المنفعة يلزمه أجرته بحسابه وما لم يحصل لا شيء عليه فيه. ولا فرق في هذا بين الدابة وغيرها.

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 508.

(2) الإشراف: 2/ 653.

وأمّا اعتبار المسافة طولاً وقصراً وغير ذلك فهو خاص بتعذر السفينة والدابة المعينة، فيرجعان فيهما إلى المحاسبة أيضاً وينظران لقيمة المسافة الماضية والباقية صعوبة وسهولة إلى غير ذلك.

2 ـ وتنفسخ الإجارة ولو كان التعذر بغصب لما يستوفى منه، داراً كانت أو غيرها، أو غصب منفعة لما يستوفي منه ولو لم يغصب الذات إذا كان الغاصب لا تناله الأحكام.

كما تنفسخ الإجارة ولو بأمر ظالم لا تناله الأحكام بإغلاق الحوانيت المكتراة، بحيث لا يتمكن مستأجرها من الانتفاع بها. ويلزم الظالم أجرتها لربّها إذا قصد غصب المنفعة فقط، كما تقدّم في الغصب. فوجه الفسخ بالغصب والظلم أن المستأجر منع من استيفاء المنفعة، كما لو انهدمت. ولا يندرج ذلك تحت قاعدة: أن قبض الأوائل كقبض الأواخر؛ للإجماع على الفسخ بالهدم[1].

هذا وإنّ محل فسخ الإجارة بغصب العين المستأجرة إن شاء المستأجر؛ وإن شاء بقي على إجارته. فإن فسخها كان لمالك الذات المغصوبة الأجرة على الغاصب، وإن أبقاها من غير فسخ صار ذلك المستأجر الغاصب بمنزلة المالك فتكون الأجرة له. فمعنى الفسخ في هذه المسائل أنها معرّضة للفسخ، لا تنفسخ بالفعل.

3 ـ وتنفسخ الإجارة أيضاً بحمل الظئر ـ أي: المرضع ـ لتعذر الرضاع عادة إذا حملت؛ لأن لبن الحامل يضرّ بالرضيع. ووجه الضرر أن الحمل يقطع اللبن أو يقلّه أو يفسده، لما بين الثدي والرحم من المشاركة عند الأطباء[2].

وسواء كان الحمل قبل عقد الإجارة وظهر بعده أو طرأ بعد العقد.

4 ـ وتنفسخ الإجارة إذا حدث مرض للأجير لا يقدر معه على عمل ما استؤجر عليه، أو مرض للظئر لا تقدّر معه على الرضاع فإنّ قدرت معه على الرضاع لم تنفسخ إلّا أن يضرّ به.

والمراد بالفسخ فيما تقدم أنّ لهم الفسخ لا الفسخ الفعلي. فالفسخ في هذه المسائل حق للمستأجر. فله البقاء على الإجارة.

5 ـ وتنفسخ الإجارة بمرض الدابة لا تقدر معه على فعل ما استؤجرت عليه.
ودليل الفسخ بمرض الدابة، ما يلي:

أ ـ أن ذلك قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما[3].

ب ـ نفي الضرر الذي يدخل على المكتري لو ألزمه ربها أن يقيم معه وينتظر

---

(1) انظر التوضيح: و78.
(2) انظر الذخيرة: 5/ 408.
(3) المدونة: 3/ 429.

شفاءها؛ لأن ذلك قد يؤخره عن الوصول إلى مقصده ويفيت عليه مصالحه؛ ونفيه عن رب الدابة لو ألزمه المكتري ورغب في الإقامة حتى تشفى؛ لأن السفر قد يجحف به ويقطعه عن عياله ويكلفه نفقة زائدة على نفسه وعلى الدابة[1].

فإن صحّ الأجير أو صحت الظئر أو الدابة في مدّة الإجارة قبل الفسخ بالفعل، فيلزم بقية العمل ولا تنفسخ الإجارة. وسقط من الأجرة عن المستأجر ما يقابل أيام المرض.

وإذا حصل الفسخ قبل الصحة لم يلزم الأجير والظئر وصاحب الدابة عمل فيما بقي.

قال الشيخ الدردير بجواز إلحاق الغصب وغلق الحوانيت ظلماً ونحو ذلك بحكم الظئر والدابة إذا صحّا، أي: إذا رجع الشيء المستأجر عن حالته التي يتعذّر معها الاستيفاء من غصب أو غيره إلى حالته التي كان عليها قبل المانع فلا تنفسخ الإجارة إذا لم يقع بينهما قبل ذلك تفاسخ؛ لأن الحق في هذه المسائل للمستأجر كما تقدم.

6 - إن تبين للمستأجر أن الأجير شأنه السرقة؛ لأنها عيب يوجب الخيار في الإجارة والبيع، بذلك علل الشيخ الدردير. ووجه العيب في الإجارة أن الأجير إنما اشتريت منافعه بعينه، وهي محل العيب، كالسلعة في البيع تشترى فيوجد في عينها عيب[2]. فيخير المستأجر في الفسخ وعدمه. وهذا حيث كان استئجاره لخدمة في داره أو حانوته مثلاً ممّا لا يمكن التحفظ فيه منه. وأمّا إذا آجره داراً ليسكنها ونحو ذلك فلا تنفسخ الإجارة بتبين سرقته لإمكان التحفظ منه.

7 - إن تبين المستأجر أن الأجير قد بلغ رشيداً، أي: حيث كان صغيراً وعقد عليه أو على سلعه وليّه، من أب أو وصي أو حاكم أو مقدّم، كما إذا استأجره لخدمة، مثلاً ثلاث سنين، فبلغ رشيداً قبل انقضاء المدّة، فإنّه مخيّر بين الإبقاء لتمام المدّة والفسخ. وعلة الفسخ وعدم لزوم باقي الإجارة بعد بلوغ الصغير رشيداً، أنّ الأصل عدم نفوذ تصرّف الإنسان على غيره[3].

لكن يلزم في العقد عليه بقاء المدّة بقيدين:

الأوّل: أن يظن عدم بلوغه قبل تمام المدّة وقت العقد فبلغ.

الثاني: أن يبقى اليسير من المدّة، كالشهر. ودليل لزوم العقد عليه فيما إذا تبقى اليسير من المدّة الاستحسان[4] من أجل الضرورة. وعلى هذا فإن الاستدلال بالأصل

---

(1) انظر المدونة: 3/ 429.

(2) وانظر أيضاً المدونة: 3/ 407، عدة البروق: 549.

(3) الذخيرة: 5/ 375.

(4) انظر الفائق: م4/ و9ظ.

المتقدم يكون على النحو التالي: أنّ الأصل عدم نفوذ تصرف الإنسان على غيره إلّا لضرورة[1].

فبهذين القيدين لا خيار له. وإنّما الخيار فيما إذا ظنّ وليه بلوغه فيها، أو لا ظنّ عنده مطلقاً، أي: بقي اليسير أو الكثير، كان العقد عليه أو على سلعه، أو ظنّ عدمه وبقي في العقد عليه الكثير.

كما يلزم العقد إذا عقد ولي الصغير على سلع الصغير، كدابته وداره وغيرهما، فيلزم فيما إذا ظنّ عدم بلوغه مطلقاً، ولو بقي من المدّة سنين بعد رشده على الأرجح. وتعليل لزوم العقد عند ظنّ عدم بلوغه، هو عذر الولي في ذلك بكونه صنع ما يجوز له[2]، ومراعاة مصلحة الصغير، قال الإمام القرافي: ولولا ذلك لتزلزلت قواعد تصرّفه، أي: الصغير[3].

ومقابله قول أشهب إن العقد على سلعه كالعقد عليه لا يلزمه إلا إذا ظنّ الولي عدم بلوغه وبقي مثل الشهر.

وحاصل المسألة أن الصغير إذا عقد وليه عليه أو على سلعه فبلغ رشيداً، في أثناء المدّة فله الخيار إذا ظنّ الولي بلوغه أو شك فيه مطلقاً بقي القليل أو الكثير، فإن ظنّ عدم بلوغه أثناء المدّة فبلغ رشيداً لزمه في العقد على نفسه إن بقي اليسير دون الكثير، ولزمه في العقد على سلعه في الكثير واليسير. ووجه الفرق بين عدم لزوم العقد علي نفسه في الكثير ولزومه على سلعه في الكثير، شدة الضرر في الأول وخفته في الثاني؛ لأن التحجير على الإنسان ومنعه من التصرف في نفسه أعظم من التحجير عليه في بعض ماله[4].

وأما سلع السفيه إذا عقد وليه عليها فإنه لازم له إذا رشد في أثناء مدة الإجارة بقي منها الكثير أو اليسير، ظنّ وليه رشده أم لا. إذ الرشد لا تعلم له غاية، وهو غير منضبط بالنسبة للسفيه، وهذا هو الفرق بين العقد على سلع الصبي والسفيه فلا يعدّ فيه الولي مفرّطاً[5].

وللسفيه أن يؤاجر نفسه لعيشه فقط، سواء ظنّ رشده أو ظنّ عدمه أو لم يظن شيء بقي اليسير أو الكثير، وهذا دون سلعه؛ لأنه محجور عليه بالنسبة لسلعه دون نفسه. ولا كلام لوليه في ذلك، إلّا أن يحابي، فلوليه الكلام من حيث المحاباة، بأن آجر نفسه بدرهم والشأن درهمان.

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 540.

(2) انظر المدونة: 3/ 418، الذخيرة: 5/ 375، الفائق: م4/ و9و.

(3) انظر الذخيرة: 5/ 375.

(4) انظر تنبيه الطالب: م4/ و194.

(5) الذخيرة: 5/ 540، تنبيه الطالب: م4/ و194.

وكذلك لا كلام للوليّ إن رشد السفيه؛ لأنّه في نفسه كالرشيد، ولو آجره وليه لغير عيشه فله هو الفسخ لأن الولي لا تسلط له على نفسه. وإن آجره لعيشه فلا كلام له.

8 ـ وتنفسخ الإجارة بموت مستحق وقف أجر ذلك الوقف مدّة معينة، ومات قبل تقضيها. وانتقل الاستحقاق فيه لمن في طبقته أو لمن يليه ولو ولده، وبقي يسير من المدّة. فتنفسخ الإجارة ولو كان ذلك المستحقّ الذي آجر ناظراً ـ على الأصحّ ـ. ودليل الانفساخ القياس على بيع الفضولي؛ لأن مستحق الوقف أصبح بموته أجنبياً بالنسبة لباقي المدة، فلا يلزم العقد فيها[1]. بخلاف ناظر غير المستحق أجر مدّة معلومة بأجرة المثل ثمّ مات، فلا تنفسخ. ومقابل القول الأصحّ قول ابن شاس لا تنفسخ، وهو قول ضعيف لأنه لا يعرف لغيره. ودليل هذا القول: الاستحسان، ووجهه أن الأول فعل ما كان يجوز له فعله[2].

ما لا تنفسخ به الإجارة:

القاعدة أنّ كلّ عين يستوفى بها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الإجارة على الأصح، كموت الشخص المستأجر للعين المعينة، ويقوم وارثه مقام مورّثه. إلا في أربع مسائل: صبيّان وفرسان؛ صبيّا التعليم والرضاعة، وفرسا النزو والرياضة. فحيث مات صبي التعليم أو الرضاعة انفسخت الإجارة ورجعا للمحاسبة؛ وكذلك فرس النزو إذا استأجر الفحل على أربع مرّات فحملت من مرّتين أو ماتت قبل التمام انفسخت ورجعا للمحاسبة، وكذلك إذا استؤجر لفرس يروضها ويعلّمها كيفيّة الجري فماتت، ويرجعان للمحاسبة. وعلى القاعدة المذكورة فإنّ ما لا ينفسخ كما يلي:

1 ـ لا تنفسخ الإجارة بتعذّر ما يستوفى به المنفعة، وهو المستأجر للعين كالساكن في الدار، والراكب للدابة، والشيء المحمول. والظاهر أنّه تعذّر بسماوي، كموت الراكب أو الساكن؛ أو بغير سماوي بأن تلف المحمول بتفريط من الحامل، بأن فرّط فتلف ما حمله من طعام أو غيره أم لا. وتقدّم أنّه إن فرّط ضمن. ولا تنفسخ الإجارة على كلّ حال. والدليل على عدم انفساخ الإجارة بتعذر ما تقدم ذكره مما يستوفى به المنفعة، ما يلي:

أ ـ أنّ الإجارة عقد لازم للمتعاقدين، وليس لأحدهما فسخه مع التمكن من استيفاء المنافع[3]. وتقدّمت أدلّة اللزوم.

ب ـ قوله ﷺ: «من ترك مالاً فلورثته»[4].

---

(1) انظر تنبيه الطالب: م4/ و194. (2) انظر تنبيه الطالب: م4/ و194.

(3) المعونة: 2/ 1100.

(4) أخرجه البخاري في المساقاة، باب الصلاة على من ترك ديناً؛ ومسلم في الفرائض، باب من ترك =

قال القاضي عبد الوهاب في توجيه الأخذ بالحديث: «وهذه الإجارة متروكة للميت، فيجب أن تكون لورثته، وهذا ينفي الفسخ»[1].

ج ـ القياس على البيع، وصورته: أنّه عقد معاوضة، فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين، إذا لم يعد بتلف المنفعة أو يتعذّر استيفاؤها، أصله البيع[2].

د ـ القياس على الرهن، وصورته: أنّه عقد تعلّق بمنفعة تستوفى من عين، فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين، أصله الرهن[3].

وإذا لم تنفسخ قيل لوارث الساكن والراكب ولرب الأحمال: عليك جميع الأجرة وائت بمثل الأول لتمام المدّة أو المسافة. وهو المشهور عند ابن رشد في المقدمات. والذي له في «البيان» أنّ المشهور قول ابن القاسم في المدونة، وهو الفرق بين التلف بسماوي فلا تنقض الإجارة ويأتيه وارث المستأجر بمثله، وعليه جميع الكراء، وبين تلف المحمول من جهة الحامل فتنتقض، ولا كراء له، وقيل: له من الكراء بقدر ما سار، وظاهره فرّط أم لا فانظره، وظاهر أن قول ابن القاسم في المدوّنة مقدّم على غيره.

ويستثنى مما لا تنفسخ به الإجارة أربع مسائل تنفسخ الإجارة فيها بهلاك العين التي تستوفى بها المنفعة، وهي: صبيّان وفرسان؛ صبيّا التعليم والرضاعة، وفرسا النزو والرياضة. فإذا استأجر رجل معلماً لتعليم صبي ويشمل البالغ، أو امرأة لرضاع صبي، أو فحلاً للنزو على فرس ويشمل كل دابة نزو، أو مروّضاً لترويض فرس؛ فحيث مات صبي التعليم أو الرضاعة انفسخت الإجارة ورجعا للمحاسبة بحساب ما علّم المعلم وأرضعت المرأة؛ وكذلك فرس النزو إذا استأجر الرجل الفحل على أربع مرّات فحملت الفرس من مرّتين أو ماتت قبل التمام انفسخت ورجعا للمحاسبة، وكذلك إذا استؤجر المروّض لفرس يروضها ويعلّمها كيفيّة الجري فماتت، ويرجعان للمحاسبة. والفرق بين هذه المسائل وبين غيرها مع أن الجميع مما تستوفى به المنفعة، أن القصد في المسائل الأربعة إنما هو نجابة الولد والفرس وتنميتهما، فإذا ماتا لم يلزم أن يؤتى بغيرهما؛ لأنه لم يبالغ في استئجار الظئر والمعلم إلا لأجل ذلك الولد والفرس؛ بخلاف غيرهما؛ لأن المقصد الصفة كالسكن والركوب والحمل، دون التنمية[4].

وهذه المسائل مستثناة عند سحنون وابن أبي زيد القيرواني. وقال ابن عرفة: لا تنفسخ فيها الإجارة، وللأجير جميع الأجرة؛ لأنّ المانع ليس من جهته[5].

= مالاً فلورثته، عن أبي هريرة بلفظ: «من ترك مالاً فلورثته».

(1) الإشراف: 2/ 653.

(2) انظر الإشراف: 2/ 653، بداية المجتهد: 2/ 258، الذخيرة: 5/ 295.

(3) الإشراف: 2/ 653.

(4) انظر عدة البروق: 549.

(5) حاشية الدسوقي: 4/ 30.

ومن رجّح استثناء هذه المسائل ألحق بها مسائل أخرى، وهي أنّ الرجل إذا استأجر أجيراً لحصد زرع معين، أو حرث أرض بعينها، أو بناء حائط بدار، فيحصل مانع من جهة ربّ الزرع أو الأرض أو الحائط، كأن يتلف الزرع أو تيبس الأرض أو تفقد مواد البناء، وليس لرب الزرع والأرض والحائط غيرها، فتنفسخ الإجارة لتعذّر الخلف. فإن كان له الخلف استأجره فيه، أو يدفع الأجرة بتمامها ولا تنفسخ الإجارة.

وقيل: لا تلحق هذه المسائل بالمسائل الأربعة المستثناة، وقيل: لا تنفسخ الإجارة، ويقال لربها: ادفع جميع الأجرة أو ائت بغيرها إن كان لك غيرها. وقد رجّح الشيخ خليل في التوضيح كلّا من القولين.

وعلى كلّ فالمسائل المستثناة والمسائل المختلف في إلحاقها بها، مقيدة بكونها من جهة المستأجر، فهي من قبيل تعذّر ما يستوفى به. أمّا لو كان المانع من جهة المؤجر على الحصد أو الحرث أو البناء، لكان ذلك من قبيل تعذّر ما يستوفى منه، وليس الكلام هنا فيه[1].

2 ـ لا تنفسخ الإجارة بإقرار المالك للذات المؤجرة بأنه باعها أو وهبها أو آجرها لآخر قبل الإجارة المذكورة، ونازعه المكتري ولا بينة، لاتهامه على نقضها. ويلزمه الإقرار فيأخذها المقرّ له بعد انقضاء المدّة وله الأكثر من المسمّى الذي أكريت به، وكراء المثل على المقرّ.

3 ـ لا ينفسخ الكراء بتخلف رب دابة معينة أو غير معينة عقد عليها شخص لملاقاة رجل أو ليشيع بها رجلاً فتخلف ربّها عن الإتيان بها، وإن فات ما يقصده ويرومه من التلقي أو التشييع إن لم يكن الزمن معيناً ولم يكن حجاً. ووجه عدم الفسخ عند عدم الزمن المعين وعدم الحج، أن المكتري يصل إلى غرضه أي: وقت أراد من السنة[2].

أمّا إن كان الزمن معيّناً، كأكتري منك دابتك أركب عليها في هذا اليوم أو تخدمني أو تخيط لي في هذا اليوم، أو قال أحج عليها فلم يأت المكري بالشيء المكرى إلى أن انقضى ذلك الزمن المعين أو فات الحج فإن الكراء ينفسخ. ووجه فسخ الكراء أن من لوازم التعيين أن العقد ينفسخ بتعذر استيفاء المنفعة، والمنفعة هنا معينة بزمن، فإذا فات زمنها تعذر استيفاؤها[3]. ووجه آخر أن صاحب الدابة يكون بتخلفه وتعذر وصول المكتري إلى غرضه في الكري قد تعدى، فوجب فسخ العقد[4]. وليس للمكتري حينئذ التراضي مع المكري بالتمادي على الإجارة إذا نقده الكراء للزوم فسخ الدين في الدين.

---

(1) حاشية الدسوقي: 4/ 30.

(2) انظر عدة البروق: 550.

(3) انظر عدة البروق: 550.

(4) انظر عدة البروق: 550.

4 ـ لا تنفسخ الإجارة بظهور فسق المستأجر للدار يضرّ بها أو بالجار وإنما يؤمر بالكف ووجه عدم انفساخ الإجارة بذلك أن العقد صحيح[1]، وفي فسخه مضرة برب الدار[2]. ووجه أمره بالكف نفي الضرر عن الدار أو الجار[3]. فإن لم يكفّ أجرها الحاكم عليه وأخرج منها.

وانظر ما ذكر في مسائل ما تنفسخ به الإجارة من تفريعات لا تنفسخ به الإجارة.

قيام مانع للأجير من العمل[4]:

وبناء على ما تقدم فإنّ من استأجر أجيراً مدّة على عمل معيّن، فانكسرت آلة العمل أو ماتت دابته، كمحراث وبقرة؛ فإنّ له الأجرة كاملة على ربّ العمل؛ لأنّ عليه الإتيان بمحراث آخر وحيوان آخر، فالحبس عن العمل جاء من قبله. وإن رضي الأجير أن يتحول إلى عمل آخر غيره فلا بأس به، بشرط أن يكون يشبه العمل الذي استؤجر فيه أولاً، ولا يتباعد عنه، وإلا فلا يجوز لأنّه فسخ دين في دين. وسواء كان انتقد الثمن أو لم ينتقد في هذه المسألة؛ لأنّ الخلف فيها واجب والإجارة بينهما قائمة، فيدخله فسخ الدين في الدين وإن كان لم ينقد.

فإن كان الحبس عن العمل بسبب مرض الأجير أو المطر فليس له الأجرة؛ لأنّ المرض والمطر من الله تعالى لا صنع لأحد فيه.

ما يجوز في الإجارة ممّا يتوهم فيه المنع:

فيما يلي مسائل لدفع توهم المنع فيها للجهالة وإنما أجيزت للضرورة، وكان القياس يقتضي المنع[5].

في الدواب:

ـ يجوز كراء دابة على أن يكون علفها أو طعام ربّها على المكتري أو بهما معاً؛ مع دراهم معلومة أو لا. ومع كون العقد فيه جهالة فقد أجيز للضرورة. وعلل الجواز بأن العلف والطعام معلوم عادة عند الناس، فاستغني فيه عن الوصف بالعرف[6].

وله الفسخ إن وجد الدابة أكولة أو وجد ربّها أكولاً، ما لم يرض ربّها بالوسط. وعلّة الفسخ أنّ الأكل الزائد على العادة عيب[7]. ووجه تقييد الفسخ بعدم رضا ربّ

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 499.

(2) انظر المختصر الفقهي: م4/ و38ظ.

(3) انظر الذخيرة: 5/ 499.

(4) البيان والتحصيل: 8/ 492، 8/ 512.

(5) شرح الخرشي على المختصر: 7/ 277.

(6) انظر البيان والتحصيل: 8/ 494، الذخيرة: 5/ 378.

(7) انظر الذخيرة: 5/ 378.

الدابة بالوسط أنّ الوسط بالنسبة للأكول مهلكة[1].

وأما لو وجد الدابّة قليلة الأكل أو وجد رب الدابة قليل الأكل فلا يلزمه إلا الأكل ولا يزاد عليه خلافاً لقول أبي عمران إنّ لهما الزائد يصرفانه فيما أحبّا.

- يجوز كراء الدابة بدارهم - مثلاً - معلومة على أنّ على ربّ الدابّة طعام المكتري، كما يقع للحجّاج كثيراً. فتكون الدراهم في نظير الركوب والطعام معاً ما لم يكن الكراء طعاماً، وإلّا منع لما فيه من الطعام بطعام نسيئة.

فإن وجد المكتري أكولاً كان لربّ الدابة الخيار في الفسخ وعدمه، ما لم يرض بالوسط. وإن كان قليل الأكل فلا يلزمه إلا ما يأكل.

- يجوز كراء الدابة على أن يركبها في حوائجه زمناً معيّناً بكذا، أو ليطحن عليها شهراً - مثلاً - بكذا، إذا كان ما ذكر من الركوب والطحن معروفاً بالعادة، بأن كان الركوب إلى سوق معلوم أو بلد معلوم والطحن كلّ يوم كذا، وإلّا لم يجز لمزيد الجهالة.

- يجوز الكراء على حمل آدمي لم يره ربّ الدابة ولم يوصف له حال العقد. وعلّل القاضي عبد الوهاب عدم وجوب رؤية الراكب ولا وصفه بأنّ أجسام الناس متقاربة في الغالب، غير متفاوتة؛ فلم يحتج إلى رؤيته ولا وصف[2]. وعلّله الإمام القرافي بأنّه آلة لا يقابل العوض، وقال في بيان الفرق بينه وبين وجوب رؤية الدّابة: «لأنّ المستوفي للمنفعة - وهو المكتري للدابة - لا يتعيّن؛ لأنّه مالك، والمالك له سلطان التمليك لغيره؛ بخلاف المستوفى منه - وهو الدابة -؛ لأنّه أحد العوضين فيبقى فيه الغرر؛ والمستوفى به - وهو الراكب - لا يتعيّن أيضاً؛ لأنّه آلة لا تقابل بالعوض»[3].

ولا يلزمه إن جاءه بإنسان غليظ جافي. وإنّما يلزمه الوسط. ومثل الغليظ الجافي المريض والميت.

ويلزمه حمل ما تلده المرأة المحمولة؛ لأنه كالمدخول عليه. سواء كان في بطنها حين العقد أو حملت به في السفر. ولا يلزمه حمل صغير معها إلا لشرط أو عرف.

- يجوز كراء دابة ليحمل عليها متاعاً بالرؤية، وإن لم يكل أو يوزن، اكتفاء بالرؤية ولو كانت الرؤية علمية. وكذلك ليحمل عليها بالكيل، كأردب قمح أو فول بدون رؤية؛ أو ليحمل عليها بالوزن، لكن لا بدّ من بيان النوع لأن قنطار القطن ليس كقنطار الحطب أو الحجر؛ أو ليحمل عليها بالعدد، إن لم يتفاوت العدد، ومثل ما فيه

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 387.

(2) الإشراف: 2/ 654.

(3) الذخيرة: 5/ 430.

التفاوت البطيخ والرمان، إلا أن يكون التفاوت يسيراً كالبيض. وأمّا نحو البطيخ فلا بدّ من بيان قدره.

ولا بدّ من بيان النوع في الثلاثة أي: في الكيل والوزن والعدد ويزاد في المعدود بيان الوصف. وتعليل وجوب بيان النوع في الثلاثة، أنّ المنفعة المستأجر عليها إذا لم تبيّن تكون مجهولة، فيكون الكراء غرراً؛ لأنّ الأشياء المحمولة تختلف في الإضرار بالدابّة، والأجرة تختلف وتتفاوت من أجل ذلك[1].

- يجوز بعد العقد حمل مثل ما اتفق عليه كيلاً أو وزناً من جنسه، أو حمل دونه قدراً أو خفّة. ومثال القدر نصف أردب أو قنطار بدل كامل القنطار أو الأردب. ومثال الخفة أردب شعير بدل أردب قمح أو فول بخلاف الأكثر في الكيل أو العدد وإن كان أخف ثقلاً، وبخلاف الأثقل وإن كان أقلّ عدداً أو كيلاً، فلا يجوز ويضمن على ما سيأتي.

ومثل الحمل الركوب بمخالفة المسافة، في التفصيل المتقدم وسيأتي أنه لا بدّ من الإذن في المخالفة.

- يجوز رضا المكتري لدابّة معيّنة أو ثوب معيّن، بذات أخرى غير المعيّنة، إن هلكت المعيّنة أو ضاعت. ومحل الجواز:

* إن اضطر المكتري، كما لو كان في فلاة من الأرض، ولو نقد الكراء لربّها، إذ الضرورات تبيح المحضورات[2]، أي: لأنّه مع نقد الكراء لا يجوز الرضا بغير المعينة، إلا بقدر الضرورة، فبعد زوالها لا يجوز، فالجواز ليس مطلقاً. قال الزرقاني: وانظر هل الاضطرار المشقة الشديدة أو خوف المرض أو ضياع المال أو الموت.

* أو لم يضطر وكان لم ينقد الكراء. وتعليل الجواز هنا أنّه كراء مبتدأ[3]. فإن نقده لم يجز الرضا ببدلها، لما فيه من فسخ ما وجب له من الأجرة في منافع يتأخر قبضها وهو من فسخ الدين في الدين[4]، بناء على أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر.

فالجواز في صور ثلاث: واحدة فيما إذا لم ينقد ولم يضطر، واثنتان عند الاضطرار وهما: نقد أم لا، والمنع في واحدة فيما إذا نقد ولم يضطر.

وفي كل من الجائز والممنوع كانت الأجرة فيه معينة أو مضمونة، فالجواز في ست والموانع في اثنتين.

---

(1) المعونة: 2/ 1104.

(2) كذا علل الشيخ الدردير، وانظر المقدمات: 2/ 186، الفائق: م4/ و12ظ.

(3) المقدمات: 2/ 186.

(4) كذا علل الشيخ الدردير، وانظر أيضاً المقدمات: 2/ 186، المختصر الفقهي: م4/ و16ظ.

وأما غير المعيّنة إذا هلكت فالجواز مطلقاً، بل هو الواجب به القضاء. أي: نقد أم لا، اضطر أم لا، كانت الأجرة معينة أو مضمونة.

ـ يجوز للرجل أن يستأجر فحل حيوان لينزيه على إناثه أكواماً معدودة، عددها يسير، يمكن أن يأتي منه في وقت أو أوقات متقاربة، فلا بأس بذلك، وقد تقدم الدليل على ذلك في باب البيوع، وبيان وجه حمل الأحاديث الواردة في النهي عن ذلك. ونزيد هنا ما يلي:

أ ـ القياس على الركوب؛ لأنّ الإنزاء نوع من المنفعة.

ب ـ القياس على تأجير رجل لتلقيح النخل؛ لأنّه فعل يراد لحمل أنثى به تجوز إباحته بغير عوض، فجاز بعوض أصله التلقيح.

ج ـ أنّ النهي محمول على ما فيه من اشتراط الحمل.

د ـ أنّ تنهيض الفحل لذلك معلوم عادة من طبعه، فهو مقدور على تسليمه.

هـ ـ أنّ ماء الحيوان غير تافه كما ادعي، فإنّ حركة الفحل مقصودة عادة عند جميع العقلاء، ولذلك فهو يقابل بالأعواض عندهم، ولولا ذلك لبطل النسل.

و ـ أنّ تلك العين كاللبن في الرضاع للضرورة[1].

في العقارات:

1 ـ يجوز كراء دار غائبة، وكذا الحانوت والفرن وباقي العقارات ـ كالبيع لها المتقدم ذكره ـ لكن لا بدّ من رؤية سابقة لا يتغيّر بعدها ولو بعدت، أو بوصف شاف ولو من مكريها أو على الخيار بالرؤية بأن يكون العقد على دار أو حانوت أو نحو ذلك من غير رؤية لما ذكر ولا وصف ويجعل له الخيار عند رؤيتها. ودليل جواز كراء الأرض الغائبة القياس على البيع[2]. وعلة الجواز أن الدار مأمونة التغير[3].

2 ـ يجوز كراء بعض الشيء، والبعض الثاني إمّا لربّه أو شريكه، ثم يستعملانه، أي: يستعمل كل من المكتري وصاحب المحلّ أو شريكه المحلّ المكترى معاً إن أمكن ذلك، أو يقتسمانه مهيأة إن لم يمكن. أو يقتسمان أجرته على قدر الحصص إن أكرياه للغير. ووجه جواز كراء المشاع أنّ الانتفاع بالمكرى ممكن غير متعذّر بين الشريكين[4]. ودليل جواز كراء المشاع لغير الشريك ما يلي:

أ ـ القياس على البيع، وصورته: أنّ كلّ معاوضة جاز أن يعاوض عليها الشريك، جاز أن يعاوض عليها الأجنبي، أصله البيع[5].

---

(1) المعونة: 2/ 1105.بداية المجتهد: 2/ 252، والذخيرة: 5/ 413.

(2) انظر الذخيرة: 5/ 414.

(3) المدونة: 3/ 453.

(4) بداية المجتهد: 2/ 255.

(5) الإشراف: 2/ 655.

ب ـ القياس على المقسوم، وصورته: أنه عقد إجارة على ملك له معروف يمكن تسليمه إلى المستأجر، فجاز ذلك، أصله المقسوم[1].

لكن لما كان في البيع الحق للشريك قبل الأجنبي، فإنه في الإجارة على خلاف ذلك، فلا حق له على الأجنبي؛ والفرق بين البيع والإجارة أن الضرر يعظم ببيع الرقاب، أي: في البيع؛ لأنه يدوم أكثر من بيع المنافع؛ لأن الإجارة محدودة[2].

3 ـ يجوز الكراء مشاهرة. والمشاهرة لقب لمدّة غير محدودة، وهو عبارة عمّا عبّر فيه بلفظ «كلّ» نحو: كلّ شهر بكذا، أو كل يوم بكذا، أو كلّ جمعة بكذا، أو كلّ سنة بكذا.

ولكن لا يلزم المتعاقدين عقد الكراء، إذا لم ينقد المكتري، فلكل واحد منهما حلّه عن نفسه متى شاء، ولا كلام للآخر، والكراء فيه بعد كل يوم أو أسبوع أو شهر أو سنة على ما اتفقا وجاز تقديمه وتأخيره لبعد العمل. ووجه عدم لزوم عقد الكراء، على ما تقدّم، أنّ عدم تحديد المدّة ينافي اللزوم؛ لأنّه لو لزم لتأبّد، وذلك مناف للكراء[3]. وعلل القاضي عبد الوهاب جواز عدم تحديد المدّة في كراء المشاهرة، بأنّ المنافع متقدّرة بتقدير الأجرة، فكلّما استوفى جزءاً من المنفعة استحقّ في مقابلته بقسطه من الأجرة، فلم يحتج إلى ضرب المدّة إلّا في اللزوم[4].

وعلى كل حال ليست بلازمة إلا إذا نقد المكتري، فيلزم بقدر ما نقد فإذا قال كل يوم بدرهم ونقد مائة درهم لزم مائة يوم وهكذا. ولو قال: كل شهر بعشرة ونقد خمسة لزم نصف شهر. ووجه لزوم العقد بقدر نقد الكراء أنّ النقد قد قطع ما احتمله اللفظ من الخيار وأخرجه إلى اللزوم في ذلك القدر[5].

وتلتزم أيضاً الوجيبة ـ وهي لقب لمدّة محدودة وما لم يعبّر فيها بلفظ «كلّ» سواء كانت معيّنة أم لا، كما لو وقعت بشهر كذا أو هذا الشهر أو سنة كذا أو هذه السنة ـ بصيغة المعرفة. أو وقعت بقوله: أكتريها شهراً أو سنة أو جمعة أو يوماً أو بصيغة النكرة. أو نصف ما ذكر من المعرف والمنكر. أو وقعت بقوله أكتريها منك إلى كذا، إن كان معلوماً نحو إلى شهر كذا أو سنة كذا أو قدوم زيد وهو معلوم كلّ ذلك وجيبة يلزم بالعقد إلى الغاية.

فالوجيبة تلزم نقد أو لم ينقد بقدر ما سمّى من المدّة.

ومن أراد الفسخ منهما عن نفسه فلا يجاب له إلا بتراضيهما معاً.

---

(1) الإشراف: 2/ 655.
(2) انظر الذخيرة: 5/ 412.
(3) انظر المنتقى: 5/ 144.
(4) الإشراف: 2/ 654.
(5) انظر المنتقى: 5/ 144.

4 ـ يجوز عدم بيان ابتداء الكراء ويحمل إذا لم يبيّن من حين العقد، في الوجيبة والمشاهرة. والدليل على الجواز أنّ العرف جار بأن يكون ذلك عقيب العقد، بدليل أنّه إذا تراخى عن ذلك لم يجز حتى يشترط، قال القاضي عبد الوهاب: والعرف كالنطق[1].

5 ـ يجوز كراء أرض مأمونة الريّ سنين كثيرة، كالثلاثين والأربعين سنة، وتقدم الاستدلال على ذلك، في ما يجوز في الإجارة.

ويجوز كراء الأرض على هذا النحو ولو شرط النقد، أي: عند العقد. ودليل جواز اشتراط النقد في كراء الأرض المأمونة الريّ الأعوام الطوال، ما يلي:

أ ـ القياس على سكنى الدور بجامع استيفاء المنافع في الغالب[2].

ب ـ انتفاء علة التردد بين السلفيّة والثمنية.

والأرض المأمونة هي المتحقق ريّها عادة، كمنخفض أرض النيل، وكالتي تسقى بالعيون والآبار وكأرض المشرق المتحقق ريّها بالمطر.

6 ـ يجوز كراء أرض غير مأمونة الريّ سنين كثيرة إن لم يشترط النقد. فإن شرط النقد لم يجز، ولو لمدّة سنة. وهو مفسد للعقد للتردد بين السلفية والثمنية. ووجه ذلك أنها إن رويت صارت الأجرة ثمناً أي: تمت في نظير المنافع، وإن لم ترو ردّها المكتري لصاحبها كانت سلفاً من المكتري للمكري ثم عادت له. وإنما كان هذا حراماً لأن فيه سلفاً جر نفعاً والسلف لا يجوز إلا إذا كان لوجه الله، والنفع الذي يجرّه هو احتمال كونها تروى فينتفع بها ربّ الدراهم[3].

وأمّا النقد تطوّعاً بعد العقد لم يضرّ.

وإذا عقد الكراء في أرض الزراعة وسكت عن النقد حين العقد، فإنّه يجب في أرض النيل إذا رويت بالفعل وتمكن من الانتفاع بالأرض لكشف الماء عنها. ومعنى يجب أي: يقضى به على المستأجر. ووجه وجوب النقد في أرض النيل بالريّ الفعلي، أنّ الأصل في الكراء إنّما يجب بتمام المنفعة، وذلك إنّما يكون بالريّ المبلغ[4].

ويجب في غير أرض النيل، وهي أرض المطر والسقي بالعيون والآبار إذا تم الزرع واسْتُغْنِيَ عن الماء، أي: فلا يقضى بالنقد فيها إلا إذا تم زرعها واستغني عن الماء. والفرق أن أرض النيل لا تفتقر لماء بعد الزرع بخلاف غيرها. والمراد بالافتقار

---

(1) الإشراف: 2/ 663، وانظر بداية المجتهد: 2/ 254.
(2) انظر المنتقى: 5/ 146.
(3) هذه التعليلات من الشرح الصغير وحاشيته وانظر أيضاً المعونة: 2/ 1140، المنتقى: 5/ 146.
(4) المنتقى: 5/ 147.

هنا الافتقار التام، وهذا في غالب الزروعات وغالب الأراضي، فلا ينافي أن بعض الزروعات كالأرز والقصب لا بدّ له من الماء بعد الزرع وبعض الأراضي العالية لا بدّ لها من السقي بعد الزرع في أي زرع.

7 ـ يجوز كراء الأرض المأمونة على شرط أن يحرثها المستأجر ثلاث مرّات مثلاً، ويزرعها في الرابعة، ويكون الكراء ـ أي: الأجرة ـ إمّا الحرث وحده أو مع دراهم. وهذا في الأرض المأمونة، إذ غيرها يفسد فيها الكراء باشتراط ذلك لأنه من شرط النقد.

8 ـ وكذا يجوز كراء الأرض المأمونة على شرط أن يزبّلها، ويكون الكراء التزبيل وحده أو مع دراهم. ويفسد الكراء في غير المأمونة. ومحلّ الجواز هنا إن عرف ما يزبّلها به نوعاً وقدراً، وإلا منع للجهل؛ لأنه من الأجرة. وإنما صحّ كون التزبيل أجرة لأن له منفعة تبقى في الأرض بعد ذلك. فهذا في الأرض المأمونة، إذ غيرها يفسد فيها الكراء باشتراط ذلك لأنه من شرط النقد. ووجه الجواز مع أن التزبيل فيه غرر؛ لأنه لا يدرى ما يبقى من الزبل في الأرض بعد قلع الزرع منها؛ أن الزبل إنما هو في بعض عوض الأرض لا في كل عوضها[1].

9 ـ يجوز كراء الدور ونحوها بشرط كنس المرحاض على غير من قضى العرف بلزومه له من مكر أو مكتر. وعرف مصر أن المملوكة على المكري والموقوفة على الوقف يؤخذ لها من ريعه. فدليل جواز هذا الشرط أو المنع منه، جريان العرف به أو عدمه[2].

10 ـ ويجوز كراء الدور ونحوها على شرط أن يقوم المكتري بإصلاح ما تحتاج إليه الدار ـ مثلاً ـ أو تطيينها من كراء وجب، أي: أجرة كراء حلّت على المكتري، إمّا في مقابلة سكنى مضت، أو باشتراط تعجيل الأجرة، أو لجريان العرف بتعجيله، احترازاً من شرط إصلاحها أو تطيينها الآن على أن يحسبه المكتري ممّا سيجب عليه في المستقبل، فلا يجوز لفسخ ما في الذمة في مؤخر، وظاهر العلة المنع ولو كان التطيين والإصلاح معلومي القدر.

11 ـ لا يجوز إن شرط ربّ الدار ـ مثلاً ـ على المكتري أن يصلح ويرمّ الدار أو يطينها أو يبيضها من عنده بحيث لا يحسب من أجرة الكراء، فلا يجوز ويفسخ العقد للجهالة إذ الترميم والإصلاح في الحقيقة يكون من الأجرة، ولا يعلم قدر ما يصرف فيه. وإن وقع ونزل فللمكري ـ أي: ربّ الدار ـ قيمة ما سكن المكتري وللمكتري قيمة ما رمّ أو طيّن من عنده وعلم من هذا أنّ الإصلاح والتطيين إن كانا معلومين، كأن يعين للمكتري ما يصلحه أو يشترط عليه التبييض في السنة مرّة من عنده فيجوز.

---

(1) انظر عدة البروق: 556.

(2) انظر الذخيرة: 5/ 493.

وأمّا إذا لم يقع شرط في العقد وكان الساكن يصلح ويرمّ من عنده تبرعاً فذلك جائز.

12 ـ لا يجوز الكراء إذا اشترط صاحب الحمام على مكتري حمامه أن يحمم أهله ويأتيهم بالنورة، علم عددهم أم لا، للجهالة، فإنّ علم عدد دخولهم الحمام وأنهم يدخلونه في الشهرة مرة ـ مثلاً ـ وعلم قدر نورتهم وأنها كذا، مع علمه بعددهم جاز، كما لو شرط شيء معلوم من المرّات أو من النورة فيجوز.

13 ـ إذا اكتريت الأرض للبناء فيها أو للغرس ولم يعيّن البناء والغرس، والحال أن بعض البناء أو الغرس أضرّ من بعض، ولا يوجد عرف بينهم يصار إليه، فلا يجوز ويفسخ للجهالة. فإن بيّن نوع البناء أو ما يبني فيها من دار أو معصرة أو رحى وكذا الغرس جاز، كما لو جرى عرف بشيء معين.

وعلى هذا فمن اكترى أرضاً ليزرعها قمحاً جاز أن يزرعها شعيراً أو ما مضرّته مضرّة القمح أو أقلّ. ووجه الجواز أنّه زرع لا يضرّ بالأرض زيادة على الضرر المشترط، فأشبه أن يزرعها حنطة؛ ولأنّ تعيين ما يزرع في الأرض هو لتقدير المنفعة لا لكونه شرطاً، بدليل أنّه لو لم يزرعها مع التمكين للزمته الأجرة؛ وإذا كان كذلك كان له أن يستوفي ذلك القدر من المنفعة من المذكور وغيره.

ولا يجوز أن يزرعها ما مضرّته أكثر، فإن فعل فلربّ الأرض كراء القمح وقيمة الزيادة بالضرر؛ لأنّ متعدّي والمتعدّي عليه الضمان[1].

14 ـ لا يجوز أن يتولى وكيل كراء أرض أو دار أو دابة موكّله بمحاباة أو بعرض ويفسخ ولو كان الوكيل مفوّضاً؛ لأن العادة كراء ما ذكر بالنقد بكراء المثل، فلموكله الفسخ إن لم يفت، وإلا رجع على الوكيل بالمحاباة وكراء المثل في العرض. فإنّ أعدم الوكيل رجع على المشتري، ولا رجوع له على الوكيل.

ومثل الوكيل ناظر الوقف والوصي بجامع التصرف بغير المصلحة الواجبة عليه. فإذا حابى ناظر الوقف خيّر المستحقون في الإجازة والردّ إن لم يفت الكراء، فإن فات كان للمستحقين الرجوع على الناظر بالمحاباة إن كان ملياً، ولا رجوع له على المكتري. فإنّ كان الناظر معدماً رجع المستحقون على المكتري، ولا رجوع له على الناظر. وأما إن أكرى الناظر بغير محاباة فإن كان بأجر المثل فلا يفسخ كراؤه ولو بزيادة زادها شخص على المكترى، وأمّا إن أكرى بأقل من أجرة المثل فإنه يفسخ كراؤه إذا زاد عليه شخص آخر أجرة المثل وإلا فلا يفسخ. وهذا معنى قولهم: الزيادة في الوقف مقبولة. وما قيل في ناظر الوقف يقال في الوصي.

---

(1) الإشراف: 2/ 651، 2/ 661، والمعونة: 2/ 1098، والمنتقى: 5/ 145.

التعدّي في كراء الدّواب:

الانتقال لبلد أخرى: لا يجوز انتقال مكتر لدابة يركبها أو يحمل عليها لبلد أخرى غير المعقود عليها إذ لا يجوز المخالفة في المسافة، وإن ساوت البلد المعقود عليها في السهولة أو الصعوبة أو المساحة إلّا بإذن من ربّها لأنّ أحوال الطرق تختلف بها الأغراض كعدوّ وغاصب في طريق دون أخرى. وقد يكون العدوّ لخصوص ربّ الدابة، ولذا قيل بالمنع للدون وهو الأظهر لأجل هذا التعليل. وتقدم جواز الحمل المساوي وإن لم يأذن؛ والفرق ما علمت من أن أحوال الطرق تختلف بها الأغراض.

فإن انتقل المكتري بلا إذن، فإنه يضمن إن عطبت الدابة بفعله عمداً أو خطأ بل ولو بسماوي؛ لأنه صار كالغاصب، بحبسها عن منافعها وفواتها تحت يده[1].

الإكراء للغير: كما يضمن إن أكرى المكتري ما اكتراه لغير أمين، أو أكراه لأثقل منه أو أضرّ في الحمل ولو كان دونه في الثقل، بأن كان من عادته عقر الدواب ومن الأضرّ أن يحمل الرجل المكتري إمرأته.

ولربّ الدابة اتباع الثاني بقيمتها إذا تلفت وبأرش عيبها إذا تعيبت إذا علم ـ أي: الثاني ـ بتعدّي الأوّل، ولو عطبت بسماوي، وكذا إذا لم يعلم بأن ظنّ أنه مالك لها أو مكتر فقط حيث تعمد الجناية، وله البقاء على اتباع الأول. وفي الخطأ قولان، قيل: له اتباعه وهو الأظهر، وقيل: يتبع الأول فقط كالسماوي.

والحاصل أن الدابة إذا أتلفت عند الثاني فإما أن تتلف عمداً أو خطأ أو بسماوي، وفي كلّ إمّا أن يعلم بتعدّي الأول أو يعلم بأنه مكتر فقط، أو يظن أنه المالك، فهذه تسعة. فإن علم بتعدّي الأول ضمن مطلقاً حتى السماوي؛ لأنّه كالغاصب. وإنّ لم يعلم بالتعدّي ضمن العمد، وكذا الخطأ على أحد القولين، لا السماوي. لكن إذا علم بأنه مكتر فقط فلربّها اتباعه حيث أعدم الأول ثمّ يرجع على الأول إن أيسر. وإن ظنّ أنه المالك، فليس لربّها اتباعه. وقد علمت من هذا الحاصل حكم مفهوم عبارة «لغير أمين...».

الزيادة في المسافة: ويضمن المكتري أيضاً إذا زاد في المسافة المشترطة ولو ميلاً وعطبت. والمراد أن الزيادة في المسافة توجب الضّمان ولو كانت قليلة بحيث إنّ الشأن لا يكون العطب بمثلها. ووجه عدم التفريق بين المسافة الكثيرة والقليلة في وجوب الضمان عند العطب أنّ مجاوزة المسافة تعتبر تعدّ كلّها[2].

الزيادة في الحمل: ويضمن المكتري إذا زاد في الحمل حملاً تعطب به وعطبت. والفرق بين الزيادة في الحمل لا ضمان فيها إلا أن تكون زيادة يعطب في مثلها،

---

(1) الذخيرة: 5/ 511.

(2) الجامع لأحكام القرآن: 10/ 56.

والزيادة في المسافة فيها الضمان ولو كانت قليلة لا يعطب في مثلها؛ أن المكتري مأذون له في تسيير الدابة حيث عطبت من الزيادة في الحمل، بينما الزيادة في المسافة تعدّ صرف لم يؤذن له فيه[1]. واستبعد ابن عبد السلام هذا الفرق، قال: «لأنك تعلم أن الدابة إنما هلكت هنا بمجموع التعب الحاصل لها بسبب التصرف المأذون فيه السابق على تصرف العداء، فقد صار سبب الهلاك مركباً من أمرين: أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه، كالزيادة في الحمل». وعزا ابن عبد السلام الفرق المذكور بين المسألتين إلى ما جرى به العمل، متبعاً في ذلك لابن الحاجب، وقال: هو على خلاف مقتضى النظر[2].

ومعنى الضمان أنّ ربّ الدابة مخيّر في المسائل الثلاث ـ أي: في الإكراء وزيادة المسافة وزيادة الحمل ـ بين أخذ كراء ما زاد مع الكراء الأول وأخذ قيمتها يوم التعدّي. فإن أخذ قيمتها فلا كراء له.

فإن لم تعطب في مسألة المسافة ومسألة الحمل أو زاد في الحمل ما لا تعطب به وعطبت فله كراء الزيادة مع الأول ولا يخيّر.

وإذا سلمت من العطب في هذه المسائل ليس لصاحبها إلا كراء الزائد مع الأول.

حبس الدابة وإمساكها: وإذا حبس المكتري الدابة بعد مدة الإجارة زمناً طويلاً حتى تغير سوقها بيعاً أو كراء، فإن ربّها يخيّر بين كراء الزائد الذي حبسها فيها أو قيمتها يوم التعدّي مع الكراء الأول. وتعليل الضمان هنا أنّ المكتري قد غصب منافع الدابة دون رقبتها، ومن منافعها بيعها في أسواقها وقد فات ذلك فيها، فعليه قيمتها لأنّ ذلك بمنزلة بيعها[3]. فهو هنا كالغاصب[4].

أما لو حبسها زمناً يسيراً كاليومين فليس له إلا كراء الزائد. وتعليل عدم الضمان أنّ التعدّي هنا لم يؤثّر في عين الدابة ولا قيمتها ولا فوات أسواقها[5].

فسخ عقد كراء الدابة من جانب المكتري:

إذا اكترى المكتري دابة لحمل أو ركوب فوجدها عضوضاً تعضّ من قرب منها ولو بدون مبالغة، أو وجدها جموحاً عسرة الانقياد أو أعشى لا تبصر ليلاً أو فاحش الدّبر ـ وهو جرح في الظهر ـ يضرّ بسيرها أو براكبها ولو بشدة رائحته، بخلاف اليسير الذي لا يضرّ، فإنّ للمكتري فسخ العقد. ووجه تمكين المكتري من الفسخ من أجل ما

(1) انظر البيان والتحصيل: 9/ 120.
(2) تنبيه الطالب: م4/ و192.
(3) المنتقى: 5/ 266.
(4) بداية المجتهد: 2/ 260.
(5) المنتقى: 5/ 265.

ذكر، أن هذه الأمور عيوب يردّ بها العقد، والكراء غير مضمون[1].

تعيين نهاية السنة في كراء الأرض الزراعية:

السنة في كراء أرض الزراعة تنتهي في أرض النيل والمطر بالحصاد. فمن اكترى فداناً ليزرعه أيّام نزول المطر أو أيّام ذهاب النّيل سنة فزرعه، فمنتهى الأجل الحصاد، ولو كانت المدّة أربعة أشهر أو أقل. والمراد بالحصاد أخذ الزرع منها، فيشمل الرعي. فإن كان الزرع يخلف كالبرسيم فبآخر بطن.

وفي أرض السقي من العيون والآبار باثني عشر شهراً من يوم العقد.

فإن تمت السنة وله في الأرض زرع أخضر لزم ربّها إبقاؤه لحصاده ويلحق بالزرع الأخضر الثمر المؤبّر، بجامع الضرر. أما غير المؤبّر فلا يلزم ربّ الأرض إبقاؤه لتمام طيبه، بل له أن يأمر صاحبه بقلع النخل الذي هو عليه. وتعليل لزوم الإبقاء للحصاد، وإن كانت المدة الزائدة خارجة عن العقد، أنّ المستأجر زرع في مدّة كان له العمل فيها، وهي مدّة استحقّها بالكراء، ولا فائدة لها إلّا الزرع، فلذلك ألحقت المدّة الزائدة إلى المدّة الأولى؛ لأنّها ثبتت بسببها؛ ولولا ذلك لكانت مدّة تعدّ وظلم[2].

وإذا أبقاه في الزرع الأخضر وما ألحق به، فعلى المكتري كراء المثل في الزائد على السنة بما يقوله أهل المعرفة، ولا يعتبر الكراء بالنظر للسنة الماضية، بل ينظر له في حدّ ذاته، إذ قد يكون أغلى وأرخص. وهذا قول سحنون. وتعليل لزوم كراء المثل، لا الكراء بالنظر للسنة الماضية؛ أنّ أوقات السنة تختلف في كثرة الكراء وقلّته، فقد نقل عن الإمام مالك قوله: ليس كراؤها في الشتاء والصيف واحداً[3].

ومن اكترى أرضاً ليغرس فيها، وانقضت مدّة الكراء، فالمالك مخيّر بين أن يأخذه بالقلع ولا يلزمه شيء من أجرة القلع، أو يعطيه ثمن الغراس مقلوعاً، أو يبقيه في الأرض ويكونا شريكين، والدليل:

أ ـ القياس على الأمتعة؛ لأنّ الإجارة تقتضي تسليم الأرض بعد انقضاء مدّتها فارغة من تعلّق حق المستأجر بها ومن بقاء ما يشغلها، أصله إذا كان فيها متاع للمستأجر.

ب ـ أنّ فائدة حصر العقد بالمدّة تقدير المنفعة المستوفاة بها وانقطاعها فيما بعدها، وفي تبقية الغراس بعد المدّة إبطال لفائدة التحديد والتقدير وخلافاً لموجب العقد[4].

---

(1) انظر المدونة: 3/ 429، الفائق: م4/ و10و. (2) انظر المنتقى: 5/ 145.
(3) انظر المنتقى: 5/ 145. (4) الإشراف: 2/ 661، والمعونة: 2/ 1104.

لزوم الكراء في أرض الزراعة مع الجائحة ونحوها:

يلزم الكراء ـ أي: الأجر ـ في أرض الزراعة بالتمكّن من الزرع وإن لم يزرع المكتري، فمتى تمكن من المنفعة، سواء استعمل أو عطل كما إذا بوّر الأرض، لزمه الكراء. وعلة لزوم الكراء أن منفعة الأرض قد استهلكت تحت يد المكتري.

ويكون التمكن من منفعة أرض النيل بريّها وانكشافها ومن منفعة أرض المطر باستغناء الزرع عن الماء. وليس المراد التمكّن من التصرف لأنه كان متمكناً منه حين العقد.

وهذا ولو لم يزرع المكتري، ما لم يكن المانع له من الزرع أكل دود أو فأر له إبّان الزرع أو كان المانع له فتنة أو خوفاً من غاصب لا تناله الأحكام، فلا يلزمه الكراء.

ويلزم مكتري أرض الزراعة الأجرة على ما تقدم بالتمكن ولو فسد الزرع بسبب جائحة لا دخل للأرض فيها، كجراد وجليد وبرد وجيش وعدم نبات بذر، وغاصب غصب الزرع أو غصب الأرض أو البهائم قبل زرعها وكان ممن تناله الأحكام. ووجه لزوم الكراء هنا هو أن المؤاجر إنما عليه تسليم الأرض وتمكين المكتري من استيفاء المنفعة، وليس علي سلامتها؛ لأن سلامتها أو عدم سلامتها ليس من مقتضى العقد[1].

وكذا يلزمه الكراء بسبب غرق الأرض بعد فوات إبّان وقت الحرث، سواء حصل الغرق بعد الحرث أو قبله. وإنّما لزمه الكراء في هذه الحالة لأن ذلك الغرق بمنزلة الجراد الطارئ على الزرع.

وكذا يلزمه الكراء إذا لم يزرع لعدم البذر ولا يعذر بذلك لتمكنه من إيجار الأرض لغيره ولذا لو عدم البذر من المحل كلّه ملكاً وتسلفاً حتى من البلد المجاورة، لسقطت الأجرة لعموم العذر.

ويلزمه الكراء أيضاً إذا لم يزرع بسبب سجن، كان ظلماً أو لا، ما لم يقصد من سجنه منعه بالسجن عن الزرع، وإلّا فالكراء على من سجنه، كما لو أكرهه على عدمه. ويعلم قصده بقرينة أو بقول.

ولا يلزم أجر الكراء على المكتري في الحالات التالية:

ـ إذا تلف الزرع بآفة ناشئة من الأرض، كدودها أو فأرها.

ـ إذا تلف الزرع بسبب عطش حلّ بأرض المطر لعدم نزوله عليه وعدم الري في النيل.

ـ إذا حدث غرق للأرض قبيل إبّان الحرث، واستمر الغرق عليها حتى فات وقت

---

(1) انظر المعونة: 2/ 1096.

ما تراد له، فلا يلزمه الكراء. وتعليل ذلك هو تعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها[1].

ولو عطش بعض الأرض دون البعض أو غرق البعض واستمر دون البعض، فلكلّ حكمه وهو أن ما عطش أو لم يرو أو غرق قبل الإبّان واستمرّ فلا كراء له، وما لم يعطش ولم يغرق فعليه فيه الكراء.

ومثل عطش البعض باقي آفات الأرض التي تمنع الكراء.

ولو جرّ السيل أو النيل حبّاً بذر في أرض أو جرّ زرعاً نبت في أرض لمالكها أو مالك منفعتها، لأرض أخرى، فالحبّ المجرور أو الزرع المجرور لربّ الأرض المجرور إليها لا لربّه؛ لأنه لما انجر إلى أرض غير أرضه قهراً عنه كان ضائعاً فيثبت لمن نبت في أرضه، ولا شيء عليه لربّه من مثل ولا قيمة.

ومثل ذلك ما إذا انتثر للمكتري حبّ من زرعه في الأرض المكتراة زمن الحصاد فنبت فيها في العام القابل فلا يكون لصاحبه بل لربّ الأرض لإعراض ربّه عنه بانقضاء مدّته، وعلم الإعراض عنه من ربه بالعادة[2]. ولذا لو بقيت مدّة الكراء كان الزرع له.

وأما لو بذره في الأرض التي اكتراها فلم ينبت في سنته بل في قابل كان لربّه، وعليه كراء الأرض كما أن عليه كراء العام الماضي إذا كان عدم النبات لغير عطش ونحوه، وإلا فلا كما تقدم.

التنازع في التمكن وعدمه في كراء الأرض:

إذا تنازع مكتري الأرض مع ربّها في التمكن وعدمه، كان القول قول المكتري بيمين أنه لم يتمكن وإن أقرّ المكتري بالتمكن لكن ادعى أنه منعه مانع بعد ذلك فالقول للمكري، وعلى المكتري إثبات المانع لأن الأصل عدمه.

إصلاح العقار:

لا يجبر المؤجّر لدار أو غيرها على الإصلاح للمكتري منه، إذا حصل في الدار أو الحانوت أو الحمام أو البئر المكتراة خلل، سواء كان يمكن معه الانتفاع أم لا، يضرّ بالمكتري أم لا، في الكثير المضر باتفاق وفي اليسير على مذهب ابن القاسم. وأما ابن حبيب فيقول: يجبر المكري على الإصلاح في اليسير قال ابن عبد السلام: وبه العمل. فالخلاف إنما هو في اليسير ولو مضرّاً.

وإذا لم يجبر المكري على الإصلاح ولم يصلح، خيّر الساكن بين الفسخ والبقاء، في حدوث خلل مضرّ ولو مع نقص منافع كهطل المطر وتتابع من السقف للخلل الحادث به وكهدم ساتر أو بيت من بيوتها.

---

(1) انظر المعونة: 2/ 1096.

(2) انظر الذخيرة: 5/ 472.

فإن بقي فالكراء لازم له لأن اختيار البقاء ينفي ضرره. وإن كان الخلل غير مضرّ فلا خيار له، ويلزمه السكنى. إلّا أنه إذا كان لا ينقص من الكراء شيئاً فظاهر كسقوط بعض شرفات البيت ونحوه مما لا يعتنى به عادة، وإن كان ينقص من الكراء حطّ عنه بقدره ولو قلّ كسقوط تجصيصها أو ذهاب بلاطها أو هدم بيت من بيوتها وكان لا يضرّ وسقوط شرفاتها مع تنقيصه من الكراء.

فإنّ أصلح المكتري بلا إذن كان متبرّعاً لا شيء له في الأقسام الثلاثة: وهي الخلل المضرّ والخلل غير المضرّ المنقص للكراء، والخلل غير المضرّ غير المنقص للكراء. ووجه اعتبار المكتري متبرعاً أنّ العقد لم يتناول إلّا السكنى دون الإصلاح[1]. فإن انقضت المدّة خيّر ربّ الدار بين دفع قيمته منقوضاً أو أمره بنقضه كالغاصب بخلاف ما لو أذن فله قيمته قائماً، إذا لم يقل ربّها: عمّر وما صرفته فعليّ، فيلزمه جميع ما صرفه.

فإن أصلح المكري قبل خروج المكتري لم يكن للمكتري خيار، بل يجبر على السكنى بقية المدّة، حيث كانت وجيبة أو نقد كراءها، وإلّا فلا يجبر مطلقاً. ووجه جبر المكتري على السكنى بقية المدة إذا أصلح المكري قبل خروجه، هو زوال الضرر وارتفاعه عنه[2].

وإن أصلح له بعد خروجه فلا يلزم المكتري العود لها لإتمام مدّة عقد الكراء. ووجه عدم لزوم المكتري العود، أنه قد يتضرر بذلك[3].

وما تقدم هو في العقار إذا كان ملكاً. وأمّا إذا كان وقفاً وكان من استأجره يحتاج لإصلاح فأصلحه بغير إذن ناظر الوقف، فإنّه يأخذ قيمة بنائه قائماً، لقيام المستأجر عن النظار بواجب للوقف عليه، لا لأجل المستأجر، فالوجوب لحق الله تعالى، لا لخصوص الساكن.

وقد أخذ بعض الأشياخ من مسألة عدم جبر المؤجّر على الإصلاح أنّه لا يجبر من له خربة في جوار شخص يحصل له منها ضرر على عمارتها ولا على بيعها، ويقال له: ادفع عن نفسك الضرر بما تقدر عليه، ولا ضمان على ربّها إن حصل بسببها تلف. وبه أفتى الشيخ سالم السنهوري. وأفتى بعضهم بلزوم رب الخربة بما يدفع الضرر من عمارة أو بيع. وهذا هو الذي ارتضاه الشيخ العدوي.

التنازع بين الأجير والمستأجر في العمل:

إذا تنازع الأجير ومستأجره، وقال الأجير إنّه أوصل ما أرسل به مما استؤجر على

---

(1) انظر الذخيرة: 5/ 535.

(2) انظر الذخيرة: 5/ 535.

(3) انظر الذخيرة: 5/ 535.

إيصاله من كتاب أو غيره، فالقول قوله بيمينه إن أشبه، بأن كان الأمد يبلغ في مثله عادة، فيستحق الأجرة؛ لأنه أمين[1]. فإن لم يحلف حلف المستأجر ولا أجرة له؛ وإن كان يضمن إذا أنكر المرسل إليه الوصول إليه؛ لأن الكلام هنا في استحقاق الأجرة لا في نفي ضمان الشيء المستأجر عليه، فلا ينافي ما تقدم في الوديعة من الضمان.

وكذا القول للأجير إذا كان صانعاً ودفع له شخص شيئاً له فيه صنعته، كخياط دفع له ثوب فخاطه، وادّعى أنه دفع له ليصنعه، وقال ربّه: بل دفعته لك وديعة عندك. والدليل على أن القول للأجير: العرف، عبر عن ذلك الشيخ الدردير بقوله: لأن الشأن فيما يدفع للصناع الاستصناع، والإيداع نادر، فيلزم ربّه الأجرة. وهذا بناء على الغالب[2]. وعلة الحكم نفي الضرر عن الصناع؛ لأنه لو قبل عليهم قول أرباب الأمتعة لذهبت أعمالهم باطلاً بدون عوض؛ لأنهم لا يشهدون ولا يكلفون الإشهاد على ما قبضوه للصنعة؛ لأن العرف مطرد بخلافه، ولو اعتبر الإشهاد لكان طلب منهم ما هو ساقط عنهم[3].

وإن اتفقا على الاستصناع فخاطه على صفة معيّنة وادّعى أنها الصفة التي أمره بها صاحب الثوب، وقال صاحب الثوب إنّه أمره بصفة أخرى، فالقول للأجير إن أشبه الأجير في دعواه. ووجه كون القول للأجير، أنّ الأجير أقوى سبباً؛ لأنّه مأذون له في التصرف ومؤتمن عليه؛ ولأنّ العرف والعادة معه؛ لأنّ العادة أنّ الصانع يفعل ما يؤمر به[4]. ووجه آخر أن الأجير حائز ويده على المتاع، فلا يستحق صاحب المتاع أخذ متاعه منه إلا بعد أداء ما للأجير فيه، وهو مدع لأخذ ما في يده من المتاع على غير الوجه الذي يقر به الصانع[5]. ووجه ثالث هو نفي الضرر عن الصناع؛ لأن أرباب الأمتعة يدعون تضمينهم، ولو قبل عليهم قولهم لأضرّ بهم[6].

فإن لم يشبه حلف ربّه وثبت له الخيار في أخذه ودفع أجرة المثل، أو تركه وأخذ قيمته غير مصنوع. فإن نكل اشتركا هذا بقيمة ثوبه ـ مثلاً ـ غير مصنوع، وهذا بقيمة صنعه.

التنازع في قدر الأجر:

إذا تنازع الأجير والمستأجر في قدر الأجرة فالقول للأجير بيمينه إن أشبه سواء أشبه المستأجر أم لا. ووجه كون القول قول الصانع، أن يده على ما صنع ولا يستحق

---

(1) كذا علله الشيخ الدردير، وانظر أيضاً الفائق: م4/ و30.
(2) الذخيرة: 5/ 443، تنبيه الطالب: م4/ و201.
(3) انظر المدونة: 3/ 416، تنبيه الطالب: م4/ و201.
(4) انظر الإشراف: 2/ 666، المنتقى: 6/ 68. (5) المنتقى: 6/ 68.
(6) انظر الفائق: م4/ و31ظ.

أن يخرج عمله من يده بما يدعيه عليه صاحب المتاع، أي لأن صاحب المتاع هنا مدع[1]. فإن انفرد المستأجر فالقول له بيمينه. فإن لم يشبها حلفا معاً وكان للأجير أجرة مثله. وكذا يكون له أجرة المثل إن نكلا معاً ويقضى للحالف على الناكل.

وهذا إذا كان المصنوع تحت يد الصانع. فإن حازه ربّه، أو كان الصانع إنما يصنعه في بيت ربّه ولا يمكنه من الخروج به، أو كانت صنعته كالبناء، فالقول في قدر الأجرة للمستأجر إذا لم ينفرد الصانع بالشبه، وإلا فالقول له. ووجه كون القول هنا قول المستأجر أنه مدعى عليه فيما بيده[2]. والفرق بين الحالين أن المصنوع حال بقائه تحت يد الصانع يشبه البائع الذي لم يخرج السلعة من يده، فالقول له؛ وهو في حال حيازة ربه له يشبه المشتري الذي يقبض السلعة وتدخل تحت يده فتفوت بذلك، فالقول قول ذلك المشتري[3].

التنازع في ردّ المصنوع لربّه:

إذا ادعى الصانع ردّ المصنوع لربّه، وأنكر ربّه أخذه، كان القول قول ربّه بيمينه، سواء كان الصانع قبضه ببينة أو بغير بينة. وهذا إذا كان المصنوع مما يغاب عليه كالثوب والحلي. فليس القول قول الصانع إنه ردّه لربّه. والدليل على عدم تصديق الصانع ما يلي:

أ ـ قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[4].

ب ـ أن الصانع يقبض المتاع للصنعة على وجه الضمان[5].

ج ـ الكلية الآتية: كل موضع لا يصدق فيه القابض في دعوى الضياع، لا يصدق فيه في دعوى الردّ[6].

والفرق بين ما هنا وبين الوديعة أن المودع ـ بالفتح ـ قبض الوديعة على غير وجه الضمان، والصانع قبض ما فيه صنعته ويغاب عليه على وجه الضمان.

وأمّا ما لا يغاب عليه كدابة دفعها ربّها لمن يعلمها بأجر، وادعى ردّها، فالقول قول الأجير في ردّها، إلّا أن يكون قبضها ببينة مقصودة للتوثق، وإلّا فلا يقبل دعواه ردّاً ولا تلفاً.

ما لا يستحق الأجير أجرته فيه إلا بتمام العمل:

فيما يلي مسائل لا يستحق الأجير أجرته فيها إلا بتمام العمل. وهي من الإجارة

---

(1) انظر المنتقى: 6/ 69. (2) انظر المنتقى: 6/ 69.

(3) انظر تنبيه الطالب: م4/ 201.

(4) الذخيرة: 5/ 454. والحديث سبق تخريجه. (5) تنبيه الطالب: م4/ 201.

(6) هذه الكلية صاغها ابن رشد، ونقلها عنه ابن راشد القفصي: م4/ و31ظ.

تشبه الجعالة من هذه الجهة. إلا أنها تختلف عن الجعالة بأنها لازمة بالعقد، بخلاف الجعالة[1].

ـ أجرة كراء السفن، إنّما تستحق بالبلاغ إلى المحلّ المشترط مع إمكان إخراج ما فيها، وهو الأصح وهو قول ابن القاسم وروايته في المدونة عن مالك. فإن غرقت في الأثناء أو بعد البلاغ قبل التمكن من إخراج ما فيها، فلا أجرة لربّها. ودليل عدم الأجرة لرب السفينة إلا بالبلاغ والتمكن من إخراج ما فيها ما يلي:

أ ـ الاستحسان على خلاف القياس، إذ القياس يقتضي أن له بحساب ما بلغت السفينة؛ لأن الكراء على البلاغ أخذ بشبه من الجعل والإجارة، وليس بجعل محض ولا بإجارة محضة، فهو استحسان[2].

ب ـ العرف الجاري بأن الأجرة تستحقّ بالبلاغ، فإذا لم يحصل الغرض لم يستحق شيئاً. وتعليل ذلك أن البلاغ مع إمكان الإخراج هو الذي يقصد وينتفع به[3]. وهي إجارة لازمة بالعقد لا جعالة ما لم يصرح عند العقد بالجعالة، وإلا كانت جعالة غير لازمة ولها حكم يخصّها كما يأتي.

فإن عطبت السفينة في أثناء الطريق، فجاء رب سفينة أخرى فحمل ما فيها إلى المحلّ بأجرة كثيرة أو قليلة، فللأول الذي غرقت سفينته بحسب كرائه المتفق عليه لا بحسب الكراء الثاني. كما إذا كان كراء الأول عشرة وغرقت في نصف الطريق فاستأجر عليها بعشرين فليس للأوّل إلّا خمسة. ووجه لزوم الأجرة للأول بقدر المسافة التي نقل إليها السلعة، أن صاحب السلعة انتفع بحمل السفينة الأولى إلى المحل الذي عطبت فيه[4].

وإذا غرق بعض ما في السفينة ونجا البعض فحمله غيره إلى المحل، فلا كراء لما غرق. وإنّما له كراء ما بقي إلى محل الغرق على حسب الكراء الأول لا بنسبة الثاني.

وهذا فيما إذا لم يعقد على الجعالة، وهي غير لازمة كما يأتي. فإن عقدا عليها، كما لو قال إن حملت متاعي هذا أو كل من حمله إلى القاهرة فله كذا فحمله إنسان في سفينته فغرقت فحمله غيره بكراء أو جعل فله بحساب الثاني، كما يأتي في الجعالة، وسيأتي أيضاً أن ما جاز جعالة جاز إجارة ولا عكس.

وإذا فرط رب الأمتعة في إخراج أمتعته من السفينة بعد وصول السفينة للمحل المقصود فتلف ما فيها بغرق أو غيره، فالكراء لازم لربّها. ووجه لزوم الكراء مع تلف السلعة أن التفريط كان من أصحابها بالتواني في إخراج السلعة، لا من صاحب

---

(1) انظر التوضيح: و85ظ. (2) انظر البيان والتحصيل: 8/ 498.

(3) انظر المعونة: 2/ 1108، الذخيرة: 5/ 485، الفائق: م4/ و23و، عدة البروق: 554.

(4) الفائق: م4/ و13ظ.

السفينة[1]. وكذا يلزمه الكراء إذا أخرج أمتعته في أثناء الطريق اختياراً لغير علّة حدثت بالسفينة من غرق أو عطب أو غصب لها تقتضي الإخراج، فيلزم رب الأمتعة جميع الكراء؛ لأنه عقد لازم. ولا فرق في هذا بين كون العقد جعالة أو إجارة.

وإذا خيف على السفينة الغرق فإنه يجوز طرح ما في طرحه من السفينة النجاة من الغرق، والمراد بالجواز الإذن الصادق بالوجوب؛ لأن هذا الأمر واجب إذا تحقق العطب بترك الطرح. ودليل الإذن بطرح المتاع: ضرورة حفظ النفوس وتقديمها على حفظ الأموال[2]. إلا الآدمي فلا يجوز طرحه ولو كان كافراً. وقالوا أيضاً حين كان الرقّ موجوداً: ولو كان عبداً، فلا يجوز طرح ذمّي لنجاة مسلم ولا طرح عبد لنجاة حرّ. وخالف الإمام اللخمي فقال بجواز طرح الآدميين بالقرعة. قال ابن عرفة: نسبه بعضهم لخرق الإجماع؛ لأنه لا يرمى آدمي لنجاة الباقين ولو كان ذمياً[3]. ومستند الإجماع ما يلي:

أ ـ ما جاء من حرمة قتل النفس بغير ما أذن الشرع فيه. ولم يأذن بقتل أحد الآدميين لنجاة غيره.

ب ـ أنّه إذا قام التعارض بين كلّية حفظ النفس وكلّية حفظ المال، قدّم حفظ النفس؛ لأنّ المال جعل وسيلة لبقاء النفس، ولم يجعل قتل الغير وسيلة له[4].

ويبدأ وجوباً في طرح الأمتعة مما ثقل كالحديد والرصاص ويبدأ في ما ثقل بما قل ثمنه كالحجر. وعلّة الوجوب المحافظة على المال لأنه يجب المحافظة عليه بقدر الإمكان.

كما يبدأ بما عظم جرمه وإن لم يثقل كالتبن والكتان والقطن لأن عظم الشيء يكون سبباً في الغرق.

ويوزع ما طرح على مال التجارة فقط دون غيره كفرش الإنسان وغطائه وزاده مما ليس فيه مدخل في شأن التجارة. وأمّا إذا لم يكن فيه مال تجارة وإنما فيه غطاء الآدميين ووطاؤهم، فيرمى الغطاء والوطاء ويوزع على باقي أموالهم، على الظّاهر.

وتوزيع ما طرح للنجاة ـ من مال التجارة أو غيره ـ يكون بقيمته يوم التلف. ووجه اعتبار القيمة يوم التلف دون يوم الشراء، أن وقت التلف هو وقت الاختلاط[5]؛ ولأنّ سائر المتلفات تقوّم حال الإتلاف في المواضع التي يتعلّق بها الضمان[6].

فيقال: ما قيمة المطروح يوم طرحه، فإذا قيل: مائة وما قيمة ما لم يطرح؟ فإذا

---

(1) الفائق: م4/ و13ظ.
(2) انظر المعونة: 2/ 1202، والفروق: 4/ 9.
(3) المختصر الفقهي: م4/ و40و.
(4) انظر الذخيرة: 5/ 489، تنبيه الطالب: م4/ و194.
(5) انظر الذخيرة: 5/ 486.
(6) المعونة: 2/ 1202.

قيل: مائتان، فصار الجميع ثلاثمائة، فقد ضاع ثلث المال، فيرجع على من لم يطرح ماله بثلث قيمته. ولو قيل بعكس ما تقدم رجع على من لم يطرح ماله بالثلثين.

ولو كان اثنان لأحدهما ما يساوي ثلاثمائة وللثاني ما يساوي ستمائة وطرح من الأول ما يساوي مائة ومن الثاني ما يساوي مائتين فلا رجوع لأحدهما على الآخر؛ لأن ما طرح ثلث الجميع وعلى كلّ ثلث ما بيده وقد حصل.

ولو كان الطرح بالعكس بأن طرح لصاحب الستمائة ما يساوي مائة، ولصاحب الثلاثمائة ما يساوي مائتين لرجع على ذي الستمائة بمائة.

والقول عند التنازع، هو لمن طرح متاعه بيمينه فيما يشبه. فإن لم يشبه فقول غيره.

ووجه رجوع من طرح متاعه على من لم يطرح متاعه، على النحو المذكور، أنّ من طرح متاعه يكون قد صان أموال من لم يطرح متاعه؛ والعدل عدم تخصيص أحدهم بالمطروح؛ لأنّ بعضهم ليس أولى بطرح متاعه من بعض، مع انتفاع جميعهم بذلك[1].

ولو وجد إنسان ما طرح، فهل يملكه لأنه بطرحه زال ملك صاحبه عنه أو هو لقطة يردّ لربّه إن علم وصحح الشيخ الدردير أنّه لقطة؛ لأن الطرح أمر قهري فليس صاحبه معرضاً عنه اختياراً.

ـ مشارطة الطبيب على البرء. فلا يستحقّ الطبيب الأجرة إلّا بحصول البرء. فإن ترك قبل البرء فلا شيء له، إلّا أن يتمّم غيره، فله بحساب كرائه الأوّل. فإن لم يجعل الأجرة على البرء فله بحساب ما عمل، وإن لم يحصل برء به ولا بغيره.

ـ مشارطة معلم القرآن على حفظ القرآن كلّه أو بعضه. فلا أجرة له إلا بالحفظ. فإن لم يجعل الأجرة على الحفظ بل على التعليم كان له الأجر بحساب ما عمله، حصل حفظ أم لا. وكذا معلم صنعة على أنه إن تعلمها فللمعلم كذا.

ودليل جواز مشارطة الطبيب ومعلم القرآن على ما ذكر، مع أنّ الأصل عدم الجواز؛ لأن مقام المتعلم في التعليم غير معلوم وبرء العليل غير معروف المدّة؛ أنّ ذلك رخصة دعت إليه الضرورة وجوّز لأجلها[2].

ـ مشارطة حافر بئر على استخراج الماء فلا يستحق الحافر أجرة إلا بعد التمام. واعترض هذا الفرع ابن عبد السلام بأنه من الجعالة لا من الإجارة ويجاب بأنه يمكن جعله من الإجارة إذا كان بأرض مملوكة ودخلاً على الإجارة.

تمّ باب الإجارة والحمد لله ربّ العالمين.

---

(1) انظر البيان والتحصيل: 9/ 87.

(2) انظر المعونة: 2/ 1116.

الجعالة

تعريف الجعالة لغة:

الجعالة ـ بفتح الجيم وكسرها وضمّها ـ هو المال المجعول.

تعريف الجعالة اصطلاحاً:

هي التزام أهل الإجارة عوضاً، علم، لتحصيل أمر يستحقه السامع، بالتمام، إلا أن يتمّ غيره، فبنسبة الثاني.

مشروعيتها:

هي رخصة، فهي أصل منفرد لا يقاس عليه. والدليل على مشروعيتها ما يلي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: 72].

ووجه الاستدلال أن المنادي شرط حمل البعير جُعْلاً لمن جاء بالصواع، وهو نص في الجُعَالة[1].

والاستدلال بهذه الآية استدلال بشرع من قبلنا، واعترض على ذلك الإمام ابن عاشور، قال: وفيه نظر؛ معللاً بأن يوسف عليه السلام لم يكن يومئذ ذا شرع حتى يستأنس للأخذ بقاعدة: «أن شرع من قبلنا شرع لنا» إذا حكاه كلام الله أو رسوله؛ وبأن يوسف عليه السلام لو قدر أنه كان يومئذ نبياً فلا يثبت أنه رسول بشرع، إذ لم يثبت أنه بعث إلى قوم فرعون، ولم يكن ليوسف عليه السلام أتباع في مصر قبل ورود أبيه وإخوته وأهليهم؛ فالاستدلال بالآية على مشروعية الجعالة مأخذ ضعيف[2].

ب ـ قوله ﷺ يوم حنين: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[3]. واعترض على الاستدلال

---

(1) انظر المعونة: 2/ 1114، المقدمات: 2/ 175، المنتقى: 5/ 110، بداية المجتهد: 2/ 264، أحكام القرآن: 3/ 1096.

(2) انظر التحرير والتنوير: 13/ 29.

(3) مالك في الجهاد، باب ما جاء في السلب في النفل؛ البخاري في فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب 3/ 1144 حديث 2973؛ مسلم في الجهاد، باب استحقاق القاتل السلب 2/ 1370 حديث 1571؛ بلفظ: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» انظر المقدمات: 2/ 176، شرح الخرشي على المختصر: 7/ 324.

بهذا الحديث بأنه محمول على أن النبي ﷺ قاله بعد انقضاء القتال لا قبله، لئلا يشوش النيات، كما مر في الجهاد[1].

ج ـ حديث أبي سعيد الخدري عن الرهط من أصحاب رسول الله ﷺ، أنّ أحدهم رقى سيّد حيّ من أحياء العرب بفاتحة الكتاب، وأنّه اشترط قطيعاً من الغنم، جعلاً على ذلك؛ وفيه قوله ﷺ للرهط: «أصبتم، اقسموا واضربوا لي معكم بسهم»[2]. وفي رواية: «لقد أكلت برقية حق»[3]، ووجه الاستدلال أنّه ﷺ أباح الجعل الذي اشترطوه على الرقية بالقرآن[4]. وروايات الحديث المتعددة تدل على أنهم سألوا النبي ﷺ عن حلّية ما أخذوه على وجه الجعل، لا على وجه الضيافة[5]. قال ابن عبد السلام في هذا الدليل: إنه أحسن ما للمجيز[6].

د ـ مضي عمل المسلمين على ذلك في سائر الأمصار[7].

ومحل الرخصة فيها فهو الجهل بالعمل وعدم تقديره؛ فالفرق بينها وبين الإجارة أن الإجارة يتقدر فيها العوض والمعوّض من الجهتين، والجعالة يتقدر فيها الجعل والعمل غير مقدر. فالجعالة مستثناة من أصل الإجارة للضرورة. فدليلها الضرورة الداعية إلى ذلك، وهي أشد مما تدعو إلى استثناء القراض والمساقاة من الأصول. ووجه الضرورة إلى ذلك في الجعالة أن العمل لا يمكن حصره وتقديره، ولا ضرورة إلى الجهل به في الإجارة؛ لأنه يمكن حصره وتقديره[8].

وقد أنكرها جماعة من العلماء، ورأوا أنها من الغرر والخطر، وردّ عليهم بما تقدم من الأدلة، وأنها كانت في معاملات الناس في الجاهلية، فأقرها الإسلام ولم يتعرض لإبطالها، وإنما نفت عنها الغرر والجهالة[9].

شرح التعريف:

ـ «أهل الإجارة» أي: المتأهل لعقد الإجارة، وهو العاقل. وأحال التعريف الجعالة على الإجارة؛ لأنها أقرب إليها. ولأن الأصل في بيع المنافع الإجارة، والجعل تابع لها؛ لأنه من بيع المنافع.

---

(1) انظر حاشية المدني عل كنون: 7/ 81. (2) سبق تخريجه.

(3) أبو داود في الطب، باب كيف الرقى، حديث 3896.

(4) انظر المعونة: 2/ 1114، البيان والتحصيل: 8/ 452، المقدمات: 2/ 176، بداية المجتهد: 2/ 251، التحرير والتنوير: 27/ 138.

(5) انظر حاشية الرهوني على شرح الزرقاني: 7/ 81.

(6) تنبيه الطالب: و201ظ. (7) المقدمات: 2/ 176.

(8) انظر المعونة: 2/ 1115، المقدمات: 2/ 176، أحكام القرآن: 3/ 1096، التوضيح: و83ظ.

(9) انظر المعونة: 2/ 1114، أحكام القرآن: 3/ 1097.

والعاقل هو المكلف الرشيد الطائع. وهذا شرط في اللزوم لدافع العوض. وأمّا أصل الصحة فيتوقف على التمييز، وتقدم ذلك في باب الإجارة، واكتفي هنا بشرط الجاعل عن شرط المجعول له؛ لأن ما كان شرطاً في الجاعل كان شرطاً في المجعول له، فاكتفي بأحد المتعاقدين، وإلا لقال: عوضاً وعملاً، ليكون قوله: التزام أهل الإجارة، شرطاً في المجعول له أيضاً.

- «عوضاً علم» أي: علم قدره وباقي صفاته التي تميزه، فخرج المجهول، فلا يصحّ جعالة ولا إجارة كالبيع. وهذا شامل للعين وغيرها. ودليل اشتراط العلم بالجعل، أن الجعالة عقد معاوضة في معنى البيع والإجارة، فكما لا يجوز الجهل بالثمن في البيع وبالأجرة في الإجارة، للأدلة المذكورة في البيع والإجارة؛ فكذلك لا يجوز الجهل بالجعل في الجعالة[1]. وعلة عدم جواز الجهل بالعوض، وهي الأجرة، أنه غرر؛ لأن الجهل حينئذ يدخل العقد من جهتيه، العوض والعمل. وإنما أجيز جهل العمل في الجعالة للضرورة إلى ذلك لعدم إمكان حصره، وليس يوجد ضرورة إلى الجهل بالعوض[2]. وأيضاً فإنّ العمل لمّا كان مجهولاً كان العامل بالخيار في تركه متى شاء فتقلّ مضرّته؛ لأنّه إذا رأى ما يكره من مشقة العمل كان له الترك؛ والجعل في جانب الجاعل لازم فلا يصحّ أن يكون مجهولاً؛ لأنّه لا يقدر على أن يتخلص من مضرّة غرره إذا شاء[3].

إلّا أنه إن كان الجعل عيناً - ذهباً أو فضة - معيّنة امتنع، وللجاعل الانتفاع بها ويغرم المثل إذا حصل المجاعل عليه.

وإن كان مثلياً أو موزوناً لا يخشى تغيره إلى حصول المجاعل عليه، أو ثوباً، جاز ويوقف؛ وإن خشي تغييره كالحيوانِ امتنع للغرر.

وإنما نصّ على علم العوض دون غيره من بقية شروطه، مثل كونه طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه، لدفع توهم عدم اشتراط علمه، لحصول الصحة بالعوض المجهول.

كما لا يشترط العلم بالمجاعل عليه، بل تارة يكون مجهولاً كالشارد، فإنه لا بدّ في صحّة الجعل على الإتيان به من عدم العلم بمكانه، كما يأتي؛ وتارة يكون معلوماً كالمجاعلة على حفر بئر، فإنه يشترط فيه خبرة الأرض ومائها.

- «التحصيل أمر» كإتيان بشيء وحمل وحفر. وخرج بذلك البيع؛ لأن التحصيل فعل من الأفعال لا ذات، والبيع يكون في الذوات.

- «يستحقه السامع» أي: السامع للملتزم العوض، ولو لم يخاطبه بذاته، ولو

---

(1) تنبيه الطالب: و202ظ.

(2) انظر المعونة: 2/ 1115، المنتقى: 5/ 112.

(3) المنتقى: 5/ 112.

بواسطة، ولو تعددت الوسائط، إن ثبت أن الجاعل الملتزم وقع منه ذلك.

ـ «بالتمام» أي: لا يستحق العوض إلا بالتمام للعمل المطلوب. وتمامه يكون بتحصيل ثمرته. وخرج بذلك الإجارة. فإذا لم يتم العمل فلا يستحق شيئاً. والقياس يقتضي أن له أجر عمله، جرياً على الإجارة لكن جاءت السنة بعدم لزوم أجرة عمل لم يتمّ في الجعالة، وبقيت الإجارة على حالها. وعلة عدم استحقاقه الجعل بعدم تمام العمل أنه لو استحق الجعل عمل أو لم يعمل كان فيه غرر كثير[1].

ـ «إلّا أن يتم غيره» أي: أن يتمّه بأجرٍ قليل أو كثير.

ـ «فبنسبة الثاني» أي: فإن أتم الجعالة غير الأول، فللأول من الأجر بنسبة أجر عمل العامل الثاني، ولو كان الثاني أكثر من الأول؛ لأن الجاعل حينئذ قد انتفع بما عمله له الأول؛ مثاله أن يجعل للأول خمسة على أن يحمل له خشبة لمكان معلوم، فحملها لنصف الطريق وتركها، فجعل لآخر عشرة على أن يوصلها لذلك المكان فأوصلها، فللأول عشرة مثل الثاني؛ لأن الثّاني لمّا استؤجر من نصف الطريق بعشرة علم أنّ أجرة الطريق كلّها عشرون. وذكر الشيخ الدردير أنّ النّظر يقتضي أن ينظر لكراء المثل؛ لأن رب الخشبة قد يخاف عليها الضياع والحال أن تلك الخشبة تساوي ألفاً، وشأن الشيء الغالي إذا كان في مضيعة يكرى عليه بالأثمان الغالية فكيف يقاس عليه الكراء الأول.

والفرق بين ما هنا من المحاسبة بنسبة الثاني كما تقدم، وبين مسألة السفينة المذكورة سابقاً في الإجارة المحاسبة فيها بنسبة الكراء الأول، أن الكراء فيها لازم بخلاف الجعالة، أي: فلما كان عقدها منحلاً من جانب العامل بعد العمل، صار تركه للإتمام إبطالاً للعقد من أصله وصار الثاني كاشفاً لما يستحقه الأول.

أركان الجعالة:

أركان الجعالة أربعة كالإجارة.

العاقد: وتحته شخصان: الجاعل والمجاعل. وتقدم في التعريف أنه العاقل. والدليل على هذا الشرط الكلية الفقهية، وهي: أن من صح أن يؤاجر صحّ له أن يجاعل؛ ومن صحّ له أن يكون أجيراً صح له أن يكون مجعولاً له[2].

المعقود عليه: وهو تحصيل الشيء المطلوب.

المعقود به: العوض. وشروطه كالإجارة. والدليل على ذلك الكلية الفقهية، وهي: كل ما جاز بيعه جاز الاستئجار به، وجاز أن يكون جعلاً، وما لا فلا[3]. وتقدم الدليل الخاص بشرط العلم بالعوض في التعريف.

---

(1) المنتقى: 5/ 111.

(2) المنتقى: 5/ 111، والتوضيح: و83ظ.

(3) التوضيح: و84و.

ما يدل من صيغة: ولا يشترط فيها اللفظ كالإجارة.

شروط صحة الجعالة:

1 ـ عدم شرط النقد للجعل. فشرط النقد يفسدها للتردد بين السلفية والثمنية، فتارة يكون جعلاً وتارة يكون سلفاً[1]. والتردد بينهما من أبواب الربا؛ لأنه سلف جر نفعاً احتمالاً. وأما تعجيله بلا شرط فلا يفسدها. وقد دخل الفساد على الجعالة بهذه العلة؛ لأنها عقد غير لازم من طرف العامل، فهو فيه بالخيار بين أن يتم العمل بعد الشروع فيه أو لا يتمه؛ وهذا كالثمن في بيع الخيار، يجوز التطوع به ولا يجوز اشتراطه؛ فالتعليل فيهما واحد[2].

2 ـ عدم شرط تعيين الزمن، بأن شرط عدم التعيين أو سكت عنه. فإن شرط تعيينه كقوله: إن تأتني به أو تحفر لي البئر أو نحو ذلك في مدة كذا، فسدت. ووجه الفساد أن العامل لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل، فقد ينقضي الزمن قبل التمام، فيذهب عمله باطلاً ففيه زيادة غرر؛ مع أن الأصل فيها الغرر، وإنما أجيز لإذن الشارع بها وورود النص فيها بالخصوص[3].

ومثل شرط التعيين في الفساد إذا كان العرف التعيين؛ لأن العرف كالشرط. وحينئذ لا يكفي السكوت بل لا بدّ من شرط عدم التعيين.

ومحلّ كون شرط تعيين الزمن مفسداً ما إذا لم يشترط العامل أن له الترك متى شاء، فإن شرط ذلك أو شرط له ذلك لم تفسد؛ لأنه قد رجع فيها حينئذ لأصلها من عدم تعيين الزمان، من حيث إنه قد صار تعيينه ملغى.

واشترط ابن رشد الجد في نحو الحيوان الشارد أن لا يكون المتعاقدان عالمين بمحله. ومن علمه دون صاحبه فهو غارّ.

فإن عمل العامل فله الأقل من قيمة عمل مثله والمسمى. ووجه أن ذلك ليس بجعل فاسد، وإنما هو جعل غبن فيه العامل الجاعل بما كتمه من علمه بمعرفة موضع الحيوان[4]. وذكر الشيخ الدسوقي أنه إن علمه العامل فقط كان له بقدر تعبه عند ابن القاسم وقيل: لا شيء له.

وإن علمه ربّه فقط لزمه الأكثر مما سمّي وجعل المثل. وإن علماه معاً فينبغي أن يكون له جعل مثله نظراً لسبق الجاعل بالعداء، ولم يشترط الإمام اللخمي هذا الشرط.

---

(1) المنتقى: 5/ 111.
(2) انظر التوضيح: و85و.
(3) انظر أيضاً المعونة: 2/ 1114، تنبيه الطالب: و203ظ.
(4) انظر البيان والتحصيل: 8/ 471.

لزوم الجعالة وعدمه:

الجعالة عقد غير لازم، ولكلّ من المتعاقدين الترك قبل الشروع في العمل. فإن شرع العامل في العمل لزمت الجاعل الملتزم الجعل فقط دون العامل. وعلل لزوم الجعالة الجاعل بشروع العامل في العمل، بأن لا يبطل على العامل عمله ويذهب جهده باطلاً[1].

وأما العامل فتقدم أن الجعل يستحقه السامع بتمام العمل. وعلل عدم لزوم العقد المجعول له ـ أي: العامل ـ ولو بعد شروعه في العمل، بما في اللزوم من الغرر العظيم؛ لأنه حين يدخل فيه لا يدري هل يتم له العمل أو لا يتم[2]. وهو عند تركه العمل وعدم التمادي فيه لا يلحق الجاعل ضرر بذلك[3].

قيام العامل بالعمل عند سماع الجاعل وعدم سماعه:

إذا قام أحد بالعمل، وكانت عادته مثلاً الإتيان بما ضلّ، وكان لم يسمع ربّها يقول، مباشرة أو بواسطة: من أتاني ببعيري أو نحو ذلك فله كذا، أو كان لم يقع من ربها قول بذلك أصلاً؛ فإن له جعل مثله، لا الجعل المسمى إن سمي. ووجه كونه يستحق جعل المثل دون المسمى أنه حين عمل على طلب ما ضلّ لم يعمل ذلك على الجعل المسمّى؛ لأنه لم يعلم به، فوجب ألا يجب له[4].

فإن سمعه فله ما سمّى، سواء كان قدر جعل المثل أو لا، كان عادته طلب الضوال أو لا. ووجه أخذ السامع الجعل المسمى، أن الجاعل أراد بقوله تحريض من يسمع قوله على طلب ما ضلّ منه، فوجب أن له المسمى. ولو زاد على قيمة الحيوان الضالّ؛ لأن ربّه ورّطه وأوقعه في التعب[5].

ولربّ الحيوان الضال ترك الحيوان ـ مثلاً ـ للعامل الذي شأنه طلب الضوال، إن لم يلتزم له جعل المثل. فإن التزم له الجعل لزمه سواء كانت قيمته قدر جعل المثل أو أكثر أو أقل. ولا كلام لهذا العامل حيث لم يسمع قول صاحب الحيوان من يأتيني ببعيري الضال فله كذا وأتى به، فاختار ربّه تركه له فليس للعامل أن يقول لا آخذ إلا جعل المثل. ووجه جواز أن يترك رب الحيوان الضّالّ للعامل الحيوان إذا جاء به قبل أن يلتزم له جعل المثل، أن جعل المثل قد يستغرق رقبة الحيوان وقد تزيد، فلو كلف ربه أخذه ودفع جعل المثل لكان فيه ضرر عليه[6].

---

(1) انظر المقدمات: 2/ 179.

(2) انظر المنتقى: 5/ 111، البيان والتحصيل: 8/ 419، 425.

(3) انظر البيان والتحصيل: 8/ 493.

(4) انظر البيان والتحصيل: 8/ 467.

(5) انظر البيان والتحصيل: 8/ 467.

(6) تنبيه الطالب: و202و.

وإن لم يكن من لم يسمع معتاداً لطلب الضوالّ، فله النفقة التي أنفقها على الحيوان من أكل وشرب وركوب احتاج له وما أنفقه هذا العامل على نفسه زمن تحصيله، أو على دابته، دون أن يكون له جعل. ووجه عدم استحقاقه الجعل، أنه لما لم يكن من شأنه طلب الضوال، فإن عمله يحمل على أنه فعله على وجه الحسبة واكتساب المودة، وإن طلبه الجعل ينافي ظاهر حاله، فيحمل على أنه ندم واستدرك ندمه، فلذلك لا يستحق شيئاً[1].

ما يجوز فيه الإجارة والجعل:

كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة بشروطها، كحفر بئر بموات، وبيع ثوب أو شرائه، وحمل خشبة لمكان، أو حمل شيء بسفينة، واقتضاء دين، ونحو ذلك.

وأما العكس فلا، فليس كل ما جازت فيه الإجارة تجوز فيه الجعالة، كخياطة ثوب، وخدمة شهر، وبيع سلع كثيرة أو قليلة، وحفر بئر بملك، وسكنى بيت، فلا يصح في العقد على تلك المسائل أن يكون جعالة؛ لأنه إذا لم يحصل إتمام انتفع رب الشيء ببعض العمل وضاع عمل العامل هدراً، وهو من أكل أموال الناس بالباطل. والدليل على أن الجعالة لا يجوز فيها أن تحصل للجاعل في العمل منفعة قبل تمامه، القياس على ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: 72] من أن الجاعل لا ينتفع بغايته في الطلب إذا لم يأت له العامل بالمطلوب[2]. قال ابن رشد الجد: «لأن المجعول له ـ أي: العامل ـ لا يلزمه التمادي على العمل من أجل أنه لا يدري هل يتم له أم لا، فإذا لم يلزمه وتركه أخذ الجاعل ما مضى من عمله باطلاً بغير شيء، وذلك من أعظم الغرر»[3].

فالإجارة أعمّ باعتبار المحل الذي تعلقا به. وأما باعتبار حقيقتهما ومفهومهما فمتباينان. وقال الشيخ الأجهوري: بينهما العموم الوجهي أي: بينهما عموم وخصوص من وجه، لانفراد الجعالة فيما جهل حاله ومكانه كالضال.

والجواب عنه بأن ما جهل تجوز فيه الإجارة بشرط العلم. واستبعد توجيه الأجهوري لأن الجعالة لم تنفرد عن الإجارة بمحلّ، وما جهل حاله ومكانه كما يصح فيه الجعل تصح فيه الإجارة، كأن يؤاجره على التفتيش على بعيره الضال كلّ يوم بكذا، أتى به أم لا. والحاصل أن العقد على الضّال إن كان على الإتيان به وأنّه لا يستحق الأجرة إلا بالتمام فهو جعالة، وإن كان على التفتيش عليه كل يوم بكذا أتى به أم لا فهو إجارة؛ فالحق أن بينهما عموماً وخصوصاً مطلقاً لا من وجه وأنّ الإجارة أعمّ.

---

(1) انظر المعونة: 2/ 1116، تنبيه الطالب: و202و.

(2) انظر المقدمات: 2/ 180.

(3) البيان والتحصيل: 8/ 425.

ومحل جواز الجعالة على اقتضاء دين كما تقدم، أن يجعل للعامل جعلاً على اقتضاء جميع الدين، وأن يجعل له فيما اقتضاه بحساب ذلك، كأن يجعل له ديناراً أو ثلثاً أو نحو ذلك على اقتضاء ستة دنانير من مدين، ويجعل له فيما اقتضاه بحساب ذلك؛ لأنه إن لم يجعل له فيما يتقاضاه بحسابه لم يجب له شيء إلا بتقاضي جميع الستة دنانير، فإن تقاضى بعضها وبقي بعضها كان الجاعل قد انتفع قبل أن يتم المجعول له العمل؛ ولا يجوز الجعل فيما يكون للجاعل فيه منفعة قبل تمام العمل.

أما لو استأجره على اقتضاء دين بدينار - مثلاً - ولم يشترط أن يكون له فيما يتقاضى من الدين ما يجب له من الدينار، فإن ذلك جائز؛ لأن الحكم يوجب ذلك في الإجارة التي هي لازمة لهما جميعاً وإن لم يشترطاه[1].

وإذا شرع المجعول له في التقاضي والعمل، فليس للجاعل أن ينزع عما جعل له ويجعل غيره؛ لأنّه يبطل بذلك من عمل الأول. وأمّا المجعول له فلا يلزمه التمادي على العمل وإن شرع فيه، إذ لا ضرر على الجاعل في تركه العمل بعد شروعه فيه[2].

والفرق فيما تقدم بين جواز الجعالة في حفر بئر بموات، وعدم جوازها في حفرها بملك؛ أن العامل في حفر البئر بموات إذا أراد ترك العمل بعد الشروع فيه لم ينتفع الجاعل بما عمل من الحفر، وهو المطلوب لصحة الجعالة؛ بينما الأمر على خلاف ذلك في حفر البئر بملك الجاعل؛ لأن العامل إذا ترك العمل فيها بعد الشروع فيه انتفع الجاعل بما حفره العامل في ملكه بوجوه كثيرة من وجوه المنافع[3].

ووجه عدم جواز الجعل على بيع السلع الكثيرة والقليلة، أن العامل في الجعالة لما كان له أن لا يتم العمل، فإنه إن بدا له ذلك في البيع وردّ السلعة إلى صاحبها، فإنه يكون قد حفظ السلعة ويكون صاحبها قد انتفع بذلك الحفظ قبل تمام العمل، وضاع جهد العامل[4].

- يجوز للرجل أن يجعل جعلاً لشخص على أن يسعى له في زواج ابنته[5].

- يجوز للرجل أن يجعل جعلاً لمن يدلّه على من يشتري منه سلعة أو يبيعها منه؛ أو على أن يؤاجره نفسه.

ولو جعل جعلاً لمن يدلّه على امرأة يتزوّجها فلا يجوز؛ لأنّ معنى قول الرجل لآخر دلّني على امرأة أتزوجها، أي: أشر عليّ بامرأة تعلم أنّها تصلح لي وانصح لي

---

(1) انظر البيان والتحصيل: 8/ 414، 469. (2) 5/ 493.

(3) انظر البيان والتحصيل: 8/ 435، المقدمات: 2/ 180، تنبيه الطالب: و203و.

(4) انظر البيان والتحصيل: 8/ 425، المقدمات: 2/ 180، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني: 7/ 85.

(5) البيان والتحصيل: 8/ 473.

في ذلك، فهذا لو سأله إيّاه دون جعل للزمه أن يفعله إن كان يعرف امرأة تصلح له؛ لوجوب النصيحة عليه لكل مسلم.

والفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها أنّ تولّي المرء البيع لغيره أو الشراء له أو البحث عن من يؤاجره ليس واجباً عليه، ولو كان عالماً بذلك؛ والإشارة عليه بامرأة يعلم أنّها تصلح له للزواج واجب من باب النصيحة. ووجه هذا الفرق أنّ البيع والشراء مباح، والزواج مندوب إليه، وقد يكون واجباً. إلّا إذا اضطرّ رجل غريب في موضع لا سوق فيه إلى بيع سلعة في أمر، فقال لرجل: دلّني على من يشتري منّي سلعتي، وهو يعلم من يمكن أن يشتريها منه، لما حلّ له أن يقول: لا أدلّك إلّا أن تعطيني كذا وكذا لوجوب ذلك عليه.

ولو قال له: دلّ عليّ امرأة أتزوجها، أو دلّ عليّ رجلاً أزوجه ابنتي ولك كذا، فدل عليه لكان له الجعل. وكذلك قوله: ابحث لي عن امرأة تصلح لي ودلني عليها ولك كذا، فالجعالة في ذلك جائزة؛ لأنّه غير واجب على المرء البحث لغيره عن امرأة للزواج. وإنما الواجب أن يرشده إن استرشده في أمر قد علمه وأن يدله وينصح له ولا يكتمه.

فالأصل أنّ الجعل لا يجوز فيما يلزم الرجل أن يفعله، ويجوز فيما لا يلزمه أن يفعله[1].

- يجوز الجعل في الوكالة في الخصومة، بأن يقول الرجل لآخر: قم لي بطلب حقي في كذا، ولك إن استحققتها كذا، وإن لم تفلح فلا شيء لك. ووجه الجواز أنّ الجعل على المجهول جائز. وإنما كرهها الإمام مالك في أحد قوليه إذا كثر الجهل فيه استحساناً، وأمّا إذا قلّ وكان الشيء الذي يخاصم فيه معروف القدر خفيف الخطب، وجه الشخوص فيه لا يكاد يختلف فهو جائز.

ويجوز في الجعالة أن يكون الجعل جزءاً مما يطلبه المخاصم، كأن يقول له: قم لي بطلب شفعتي ولك إن استحققتها نصف سهمي مما تأخذه لي بالشفعة.

ويجوز في الخصومة الإجارة كذلك، على أن يحدد له أجرة وزماناً ينتهي إليه قيامه بذلك الحق؛ إذ لا بدّ في الإجارة على ذلك من ضرب الأجل، فإذا بلغه استوجب أجرته ظفر أو لم يظفر[2].

حكم الجعالة الفاسدة:

يكون للعامل في الجعالة الفاسدة لفقد شرط جعل المثل إن تمّ العمل، ولا يكون له أجرته. فإن لم يتمّ العمل فلا شيء له. وذلك ردّ للجعل في الأمرين إلى صحيح

---

(1) البيان والتحصيل: 8/ 440.

(2) البيان والتحصيل: 8/ 491.

نفسه الذي لم يكن فيه مسمّى، وهو المشهور. والدليل: أنّ الجعل لمّا جوزته السنة، صار أصلاً في نفسه، فوجب أن يرد فاسده إلى صحيحه، قياساً على سائر العقود الجائزة من البيع والإجارة[1].

ومقابل المشهور أن له أجر مثله، تمّ العمل أم لا. ووجه هذا القول أن الجعل إجارة بغرر جوزته السنة، ويخصص من أصله ـ وهو الإجارة ـ إذا وقع على الشروط التي أجازته بها؛ فإذا لم يقع عليها رجع إلى أصله، فكان إجارة فاسدة، يحكم فيها بحكم الإجارة الفاسدة[2].

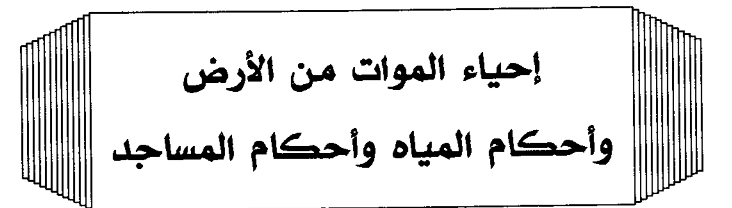
فإن وقعت الجعالة الفاسدة بجعل مطلقاً، أي: تم العمل أو لم يتمّ كأن يقول له: إن أتيتني ببعيري الضالّ فلك كذا وإن لم تأت به فلك كذا؛ فللعامل أجرة مثله، تم العمل أم لا؛ لخروج الجاعل والعامل عن حقيقة الجعالة؛ لأن سنتها أنه لا جعل إلا بتمام العمل. ومتى خرج عن حقيقة الباب كان فيه أجرة المثل كما تقدم نظيره في القراض والمساقاة. والله أعلم.

تمّ باب الجعالة والحمد لله ربّ العالمين.



(1) المنتقى: 5/ 112، البيان والتحصيل: 8/ 428.

(2) المنتقى: 5/ 112، البيان والتحصيل: 8/ 428.



إحياء الموات من الأرض

تعريف الموات من الأرض لغة:

الموات ـ بضم الميم ـ قال الجوهري: هو الموت؛ وبفتحها: ما لا روح فيه، وأيضاً هو الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها. وقد علمت ضبط الموات هنا بأنه بفتح الميم وأنه من الألفاظ المشتركة.

تعريف الموات من الأرض اصطلاحاً:

موات الأرض ما سلم عن اختصاص بإحياء، أو بحريم عمارة، أو بإقطاع الإمام، أو بحماه.

فقوله: «موات الأرض» أي: الموات منها.

وقوله: «ما سلم» أي: ما خلا.

وقوله: «عن اختصاص» أي: عن كونه مختصاً بأحد. فما كان مختصاً بأحد فليس بموات[1].

وأسباب الاختصاص بالأرض التي لا تدخل في الموات، هي ما ذكرت في التعريف، وهي: الإحياء، وحريم العمارة، وإقطاع الإمام، وحمى الإمام، وسيأتي تفصيل الحديث عنها.

وقد تعقب فقهاء المذهب هذا التعريف، وذكروا أنه لابن شاس وابن الحاجب، قد تبعا فيه الغزالي، وتركا ما رواه ابن غانم عن الإمام مالك بأن موات الأرض هي ما لا نبات لها، لقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَنزَلَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً فَأَحْيَا بِهِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَآ﴾ [النحل 65] فلا يصح الإحياء إلّا في البور. قال ابن عرفة في هذه الرواية: هي أجلي، لعدم توقّف تصوّر مدلولها على الاختصاص وموجبه.

(1) هامش: منح الجليل، محمّد عليش: 8/ 72.

وقد تبع الشيخ خليل ابن شاس وابن الحاجب. وتبع الشيخ الدردير الثلاثة في إيراد هذا التعريف. ذكر الشيخ مصطفى الرّمّاصي أنه مخالف لاصطلاح أهل المذهب، وذلك أنهم فسروا الموات بالسالم عن الاختصاص، والاختصاص يكون بأسباب لا تكون الأرض غير موات إلا باستيفائها، وذكروا أنواع الاختصاص، فاقتضى كلامهم أنّ حريم العمارة لا يسمّى مواتاً، بينما كل أهل المذهب يطلقون على الحريم مواتاً، سواء كان قريباً أو بعيداً. قال الشيخ الرّمّاصي: والصواب في تعريف الموات على اصطلاح أهل المذهب: «ما لم يعمر من الأرض» كما قال عياض وابن راشد القفصي صاحب «اللباب»[1].

أسباب الاختصاص بالأرض:

أسباب الاختصاص بالأرض، هي أسباب تُخْرج الأرض الموات عن حكم الموات. وهي: الإحياء، وحريم العمارة، وإقطاع الإمام، وحماه.

السبب الأول: الإحياء:

الإحياء مباح بالكلّ. والدليل على مشروعية إحياء الأرض ما يلي:

أ ـ الأدلة العامة من آيات القرآن الكريم، التي أباح الله تعالى فيها للإنسان الانتفاع بالأرض وما فيها، وندبهم إلى خدمتها والسعي في مناكبها، بالازدراع والغرس وتفجير المياه ونحو ذلك؛ بما هيأها له لهذا الانتفاع، وذللها له لتيسير تصرّفه فيها؛ إذ قدّر الله تعالى وجود الإنسان واستمرار حياته فوق الأرض متوقّفاً على ما يخرجه الله له من خيراتها، بما قدره من أسباب تعميرها وإحيائها. ومن الآيات الدّالة على هذه المعاني قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: 29]، وقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ ذَلُولًا فَٱمْشُوا۟ فِى مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا۟ مِن رِّزْقِهِۦ﴾ [الملك: 15]. فالآية الأولى صريحة في أن جميع ما في الأرض إنما هو لحاجة الخلق؛ والأمر بالمشي في الآية الثانية للإباحة؛ مع ما في الآيتين من إظهار عظيم الامتنان على الخلق. على أنّ تصرّف الإنسان في الأرض بالتملّك والاختصاص قد ضبطه أحكام الشريعة الإسلامية لتحقيق مقاصدها من هذه الإباحة، فلا يتصرّف الإنسان إلا تحت إذن الشريعة؛ لأنه لو تصرّف جميع الناس في جميع ما هو مباح دون قيود ولا حدود، لأدى إلى الاقتتال والتقاطع[2] وفروع هذا الباب تبيّن الوجوه الشرعية في تصرّف الإنسان في الأرض ومنافعها، بالتملك والاختصاص، بما يحقق مقاصد الشريعة من ذلك.

---

(1) انظر منح الجليل: 8/ 73.

(2) انظر ابن العربي، أحكام القرآن: 1/ 14 وعارضة الأحوذي: 6/ 146، والقرطبي الجامع لأحكام القرآن: 18/ 215.

ب ـ قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[1] والحديث نصّ في جواز الإحياء[2].

ويختص بالأرض من أحياها، بسبب إحيائه لها، ويملكها بذلك. والدليل على تملك الأرض بالإحياء[3]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَنزَلَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً فَأَحْيَا بِهِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَآ﴾ [النحل: 65] ووجه الاستدلال أن الإحياء لا يكون إلا في أرض بور[4].

ب ـ قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[5].

ووجه الاستدلال أن قوله ﷺ: «فهي له» يقتضي الملك. وهو منطوق الحديث.

ج ـ عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق»[6].

ويستمرّ ملكه لها ولو اندرست بعد الإحياء، فاندراسها بعد الإحياء لا يزيل ملكه عنها.

لكن إن طال الاندراس طُولاً يرى العرف أن من أحياها قد أعرض عنها، وقام غيره بإحيائها ثانية بعد طول الاندراس، فإنّ الأرض تكون للثاني، ولا كلام لمن أحياها أوّلاً.

وتقييد انتقال الملكية للثاني بطول الاندراس هو المعتمد، وقيل: تكون للثاني ولو لم يطل الاندراس، وهو ظاهر قول ابن القاسم وعليه درج الشيخ خليل. وقيل: لا تكون للثاني أبداً، بل تبقى لمن أحياها أوّلاً ولو طال الزمن، وهو قول سحنون.

والدليل على قول ابن القاسم أنّ الأرض تكون للثاني ولو لم يطل زمن الاندراس[7]:

أ ـ قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[8].

ووجه الاستدلال أن الحديث عام في كل أرض ميتة؛ والأرض بعد الاندراس تعود لأصلها ميتة.

---

(1) أخرجه مالك مرسلاً عن عروة بن الزبير في الأقضية، باب القضاء في عمارة الموات؛ ووصله أبو داود عن سعيد بن زيد في الخراج، باب في إحياء الموات؛ والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات وقال فيه: حسن غريب. ووصله الترمذي أيضاً عن جابر، وقال فيه: حسن صحيح.

(2) انظر عبد الوهاب البغدادي، المعونة: 2/ 1194، التوضيح: و85و.

(3) انظر الباجي، المنتقى: 6/ 26، ابن رشد، البيان والتحصيل: 10/ 301، وابن العربي، القبس: 3/ 923 والعارضة: 6/ 146، والقرافي، الفروق: 4/ 18 والذخيرة: 6/ 149.

(4) انظر البيان والتحصيل: 10/ 301.

(5) سبق تخريجه.

(6) أخرجه البخاري في المزارعة، باب من أحيا أرضاً فهي له.

(7) انظر عبد الوهاب البغدادي، الإشراف: 2/ 667، والمنتقى: 6/ 31.

(8) سبق تخريجه.

ب ـ القياس على الماء إذا أعيد في النهر، بجامع أنها عين مباحة في الأصل عادت إلى أصلها.

ج ـ القياس على الصيد إذا خرج من يد صائده، فيلحق بالوحش، فهو لمن صاده بعد.

د ـ إنّ المقصد المستفاد من تشريع تمليك الأرض الموات بالإحياء هو استحثاث الناس على إعمار الأرض على وجه الدوام؛ بمتابعة إحيائها وخدمتها. وليس القصد مجرد إثبات ملكية الأرض لمحييها، بل ذلك وسيلة للمقصد المذكور. وترك الأرض للاندراس ثانية مفيت لهذا المقصد، فكان ذلك جديراً بقطع استصحاب أصل الملك وإبطال أصل الملكية في خصوص الأرض الموات؛ وذلك لحفظ مقصد الشريعة فيها بفتح باب إحيائها من جديد. وإنه كما جعلت الشريعة أسباباً لثبوت الملكية وزوالها، كالبيع والهبة والميراث والمهر ونحو ذلك، وجعلت الإحياء سبباً خاصّاً لملكية الأرض الموات دون سائر الأراضي، فلا يبعد أن تجعل اندراس الأرض سبباً في زوال هذه الملكية. لذلك قال ابن الشاط تعقيباً على القرافي: «هنا قاعدة شرعية، وهي أن الملك يدوم بعد ثبوت سببه، إلا أن يلزمه ما يناقضه»[1] وسبب الملكية هنا الإحياء، ويناقضه رجوع الأرض إلى حالة الموت والاندراس، فيزول بذلك الملك عنها.

ودليل قول سحنون بعدم انتقال الملكية عن المحيي الأول، ولو طال زمن الاندراس[2]:

أ ـ قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[3].

ووجه الاستدلال أن الحديث أثبت الملكية بالإحياء؛ ومن ثبتت له الملكية بذلك فلا تزول عنه لأصل استصحاب الملكية.

ب ـ قياس الإحياء على البيع والهبة والإرث والصدقة، بجامع كونها سبباً في التملك.

ج ـ القياس على اللقطة إذا ملكت بالالتقاط ثم ضاعت، فإن عودها إلى حال الالتقاط لا يسقط ملك متملكها. فالجامع أن العود للحالة السابقة لا يزيل الملك.

على أن القرافي قام بمناقشة أدلة هذا القول وردّها، لكن لم يسلّم له ابن الشاط ردوده.

ووجه القول المعتمد أن طول الاندراس مظنة الإخلال بالمقصد الشرعي من

(1) انظر ابن الشاط، إدرار الشروق، بهامش الفروق: 4/ 19.

(2) انظر المنتقى: 6/ 31 والفروق: 4/ 18 والذخيرة: 6/ 149 وأقرب المسالك: 2/ 294.

(3) سبق تخريجه.

تمليك أرض الموات بالإحياء؛ لأن طول الاندراس يدلّ في الغالب على الإهمال والإعراض وتخلّي محييها الأول عنها؛ بخلاف قرب الاندراس لا يدلّ على ذلك، لاحتمال وجود عذر أعاقة عن مواصلة الإحياء، فيكون رجوعه لإعادة إحيائها ممكن، فأسعف بالانتظار به، شأن الشريعة في إنظار المعسر.

وعلى القول المعتمد فإن قام الثاني بإحيائها بقرب الاندراس، فإنّ ملك الأول لها لا يزول عنها، ولا تكون للثاني.

وفي صورة إحياء الثاني للأرض بقرب الاندراس، فإنه إن فعل ذلك جاهلاً بالأوّل، فله قيمة عمارته، للشبهة. وإن كان عالماً فله قيمتها منقوضاً. وهذا ما لم يسكت الأوّل بعد علمه بالثاني بلا عذر، وإلّا كان سكوته وهو حاضر بلا عذر، دليلاً على تركها له، كما يأتي في الحيازة في آخر باب الشهادات إن شاء الله تعالى.

ودليل استحقاق المحيي الثاني قيمة عمارته منقوضاً، إن كان أعمر بقرب الاندراس، عالماً بالأول، قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»[1]. ووجه الاستدلال أن المراد بالعرق ما احتفر أو اتخذ أو غرس بغير حق؛ ومن يغرس أو يبني أو يحفر في غير ملكه يكون ظالماً؛ والظالم نفى عنه النبي ﷺ أن يكون له حق فيما عمل؛ فيفيد أنه ليس له حق البقاء في ملك غيره[2].

أسباب الإحياء: يكون الإحياء بأحد أمور سبعة:

الأول: تفجير ماء لبئر أو عين، كأن يحفر بئراً أو يفتق عيناً في أرض الفيافي، فتملك بذلك.

الثاني: إزالة الماء من الأرض حيث كانت غامرة بالماء، يبقى عليها صيفاً وشتاء، فتحيّل في إزالته، وصار متمكناً من منافع تلك الأرض.

الثالث: البناء بالأرض ولا يشترط أن تكون مؤونة البناء عظيمة.

الرابع: غرس شجر بالأرض.

الخامس: تحريك الأرض بحرثها ونحوه، وأما زرعها دون تحريك فلا يحصل به إحياء، وإن اختص بالزرع زارعه[3] فتملك الأرض بإحياء الأرض بالزرع بعد تحريكها.

السادس: قطع الشجر الموجود بها، بنية وضع يده عليها.

السابع: كسر حجرها مع تسويتها.

والدليل على أن الإحياء يكون بالأمور السبعة المذكورة: أن العادة جارية بذلك. وحديث: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» مطلق، فيتقيد بالعادة[4].

---

(1) سبق تخريجه.

(2) انظر المنتقى: 6/ 32.

(3) حاشية الدسوقي 4/ 69.

(4) انظر الذخيرة: 6/ 148.

ما لا يكون به الإحياء: لا يكون الإحياء بالأمور الآتية:

- تحويط الأرض بنحو خطّ عليها، وهو المسمّى بالتحجير.

- رعي الكلأ بها.

- حفر بئر ماشية بها، ما لم يبيّن ملكية البئر عند حفرها، فإن بيّنها حصل إحياء الأرض بحفرها.

ووجه عدم اعتبار ما عدا الأمور السبعة مما يقع به الإحياء:

أ - أنها في العادة ليس فيها منفعة للأرض، ولا تترك أثراً فيها، تخرجها عن صفتها من الموات قبل فعل ذلك فيها. فالتحجير مجرد منع للغير من التصرّف فيما حجر؛ ورعي الكلأ وحفر بئر الماشية إنما يعمل لمنافع الماشية لا لمنافع الأرض. والحديث مطلق يتقيد بالعادة[1].

ب - أن الأشياء المباحة لا تملك إلّا بالأسباب المملكة لها. أمّا التحجير بالعلامات الدالّة على إرادة تحصيل السبب لا يصيّر صاحبها أولى. وأمّا قوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له..»[2]. فهو محمول على من سبق بسبب شرعي[3].

ووجه اعتبار حفر بئر الماشية من الإحياء إذا بيّن حافرها أنه حفرها للتملّك[4]:

- أن بئر الماشية، وهي التي تحفر في الفيافي والفلاة فيما لم يملك من الأراضي، جرت العادة فيها أنّ حافرها إنما يحفرها ليكون المقدّم في الانتفاع بها لشرب ماشيته، ويتصدق بما فضل من مائها ويسيحه للناس[5]. وعلى هذا الأصل جاء الحديث ناهياً عن منع فضل ماء بئر الماشية في قوله ﷺ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[6] ووجه الاستدلال أنه خاصّ بآبار الماشية التي في الفلوات التي بها الكلأ. واللّام في قوله: «ليمنع» للعاقبة، فنهى ﷺ عن منع فضل ماء آبارها؛ لأنه يؤدّي إلى منع رعي كلئها؛ لأنّ المواشي لا ترعى إلا حيث تجد المياه، فإذا منعت من الماء كان منعاً لها عن الكلأ[7] وعلى هذا فإنّ من يحفر بئراً للماشية في أرض غير مملوكة، في

---

(1) انظر المنتقى: 6/ 30 والذخيرة: 6/ 148. (2) سبق تخريجه.

(3) انظر الذخيرة: 6/ 155.

(4) الاستدلال لهذا الفرع مبني على عدم جواز منع فضل بئر الماشية وبيعه المذكور في مسائل أحكام المياه. وهذه المسائل ذكرها الشيخ خليل في آخر باب إحياء الموات من مختصره، ولم يذكرها الشيخ الدردير في إحياء الموات.

(5) انظر المعونة: 2/ 1996 والمنتقى: 6/ 35 والذخيرة: 6/ 162.

(6) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في المياه؛ والبخاري في المساقاة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء؛ ومسلم في المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء.

(7) انظر الإشراف: 2/ 668 والمنتقى: 6/ 34 و39 والمقدمات: 2/ 298.

الفيافي والفلوات، بقصد التملك والإحياء، يطلب منه البيان والإشهاد، ليخرج فعله عن حكم الأصل في حفر بئر الماشية الذي هو التطوع والمواساة.

إذن الإمام لإحياء الموات:

يفتقر إحياء الموات لإذن الإمام. والدليل على طلب إذن الإمام لإحياء القريب[1].

أ ـ قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له. وليس لعرق ظالم حق»[2].

ووجه الاستدلال أن من يحيي بقرب العمران قد يظلم في إحيائه، ويستضرّ الناس بذلك لتضييقه عليهم في مسارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيهم ومرعى أغنامهم. ومن كان مضرّاً بغيره كان ظالماً، وليس له الحق فيما يحيي، لذا احتاج الأمر إلى نظر الإمام واجتهاده لتقدير ما فيه مصلحة ورفع للضرر. وبذلك يكون القسم الثاني من الحديث وهو قوله: «وليس لعرق ظالم حق» مقيّداً للقسم الأول بعدم الظلم والضرر.

ب ـ ما علم من مقصد الشريعة في سعيها إلى رفع التشاجر والتخاصم بين الناس، فيما يتشاحون فيه ويتسابقون إليه. وما قرب من العمران هو من ذلك. ولو ترك لكل واحد الحق في إحيائه ووضع يده عليه، لأدّى إلى التقاتل والعداوة. فلم يكن بدّ من جعل ذلك إلى إذن الإمام لتعيين الأحق بإحياء القريب، ممن تتحقق به المصلحة، فيرفع بذلك التشاجر ويقطع الخصومة بين الناس؛ لأن إذنه يكون كالحكم لمن أذن له بالإحياء.

وهذان الدليلان مخصّصان لعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له». وهما يعودان إلى مراعاة المقاصد الشرعية في حفظ المصالح ودرء المفاسد[3].

وذلك إذا قرب الموات من العمران، بأن كان حريم بلده. قال الإمام الحطاب: «والقريب هو حريم العمارة مما يلحقونه غدوّاً ورواحاً» وقال ابن رشد: «البعيد من العمران ما لم ينته إليه مسرح أهل العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا إلى المبيت في مواضعهم» ومآل القولين واحد، فلا تنافي بينهما. ووجه تحديد القرب والبعد بما ذكر: أنه أرفق بأهل العمران في المسرح والمحطب والمرعى وما لا ضرر عليهم فيه[4].

فإن تعدّى أحد وأحيا فيما قرب بغير إذن الإمام، فالإمام مخيّر بين إمضائه له فيملكه وبين جعله متعدياً فيردّه للمسلمين ويعطيه قيمة غرسه أو بنائه أو حفره منقوضاً.

---

(1) انظر الإشراف: 2/ 667 والمعونة: 2/ 1194 والمنتقى: 6/ 28 والذخيرة 6/ 156.

(2) سبق تخريجه.

(3) انظر المنتقى: 6/ 27 والذخيرة: 6/ 157.

(4) انظر المنتقى: 6/ 29.

ولا يرجع عليه الإمام فيما أغلّه فيما مضى، نظراً إلى أنّ له شبهة في الجملة أي: لكونه من جملة المسملين الذين لهم فيه حق.

ولا يأذن الإمام إلّا لمسلم، لا لذمّي على المشهور.

وأمّا إذا بعد الموات عن العمران، بأن خرج عن حريمه، كما تقدم عن ابن رشد والحطاب، فإن إحياءه لا يفتقر لإذن من الإمام، ويكون ما أحياه ملكاً له. والدليل على عدم طلب إذن الإمام لإحياء البعيد[1]:

أ ـ قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[2].

ووجه الاستدلال أن الحديث عام في القريب والبعيد في كون الإحياء غير مقيد بإذن الإمام. وجاء ما يخص القريب بطلب الإذن، ولم يأت ذلك في البعيد.

ب ـ القياس على الحطب والحشيش، بجامع أنها عين لم يتقدم عليها ملك، فلم يفتقر تمليكها إلى إذن الإمام.

ج ـ أن المقصد من طلب إذن الإمام رفع التشاجر والتخاصم فيما يظنّ وقوع ذلك فيه، وهو القريب. أمّا البعيد فلا يظنّ وقوع التخاصم والتشاجر فيه.

ويشمل حكم الموات البعيد الذمّي. والدليل على جواز إحياء الذمّي للموات البعيد في غير جزيرة العرب[3]:

أ ـ قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[4].

ووجه الاستدلال أنّ لفظة «من» في الحديث حرف شرط يفيد العموم، فالحديث عام في كل من أحيا أرضاً ميتة، مسلماً كان أو ذمّياً.

ب ـ القياس على الاصطياد والاحتطاب.

وهذا بشرط أن يكون إحياؤه للموات البعيد في غير جزيرة العرب؛ لأنّه لا يجوز له السكنى. وجزيرة العرب هي أرض الحجاز، مكة والمدينة واليمن وما والاها، كما تقدم في الجزية. ووجه منع الذمّي وعدم الإذن له في القريب: أنّ فيه مضرّة بالمسلمين[5]. والدليل على منع الذمّي من سكنى جزيرة العرب[6]:

---

(1) انظر الإشراف: 2/ 667 والمعونة: 2/ 1194 والمنتقى: 6/ 28 والذخيرة: 6/ 156.

(2) سبق تخريجه.

(3) انظر الإشراف: 2/ 668 والمنتقى: 6/ 29، ومفتاح الوصول: ص60، والذخيرة: 6/ 158، التوضيح: و88و.

(4) سبق تخريجه.

(5) انظر المنتقى: 6/ 30 ومنح الجليل: 8/ 84.

(6) انظر المنتقى: 6/ 29 و7/ 195 والقبس: 3/ 925 والذخيرة: 6/ 158، تنبيه الطالب: و207، التوضيح: و88و.

أ ـ قوله ﷺ: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»[1].

ب ـ عن عمر بن الخطاب أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لأخرجنّ اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع إلّا مسلماً»[2].

وهذان الحديثان مخصّصان لعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له».

ج ـ إجماع الصحابة على فعل عمر رضي الله عنه. قال الإمام مالك رحمه الله تعالى: «وقد أجلى عمر بن الخطاب يهود نجران وفدك. فأما يهود خيبر فخرجوا منها ليس لهم من الثمر، ولا من الأرض شيء.

وأما يهود فدك، فكان لهم نصف الثمر ونصف الأرض؛ لأن رسول الله ﷺ صالحهم على نصف الثمر ونصف الأرض. فأقام لهم عمر نصف الثمر ونصف الأرض قيمة من ذهب وورق وإبل وحبال وأقتاب، ثم أعطاهم القيمة وأجلاهم»[3] فكان ذلك تنفيذاً من عمر لوصية رسول الله ﷺ. وقد أجمع الصحابة على فعله ولا يعلم له مخالف في ذلك.

السبب الثاني: حريم العمارة:

العمارة ما تعمّر به الأرض من بناء أو غرس أو ماء. وحريم العمارة ما تبعها وأضيف إليها فحرم بحرمتها من مرافق وحقوق[4].

فحريم العمارة سبب في الاختصاص؛ فعلى هذا لا يعدّ من الموات، كما يدلّ عليه التعريف المذكور، أي: إن الموات من الأرض ما سلم عن الاختصاص بإحياء، أو بكونه حريماً لعمارة، لبلد أو دار أو شجر أو بئر؛ فلكلٍّ حريم يخصّه. والدليل على اختصاص العمارة بحريم[5]، هو دليل عام، وهو: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[6].

---

(1) أخرجه مالك مرسلاً في الجامع، باب ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة، ووصله مسلم في الوصية، باب ترك الوصية لمن ليس له شيء يوصي به.

(2) أخرجه مسلم في الجهاد، باب إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب.

(3) الموطأ. كتاب الجامع، باب ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة.

(4) المعجم الوسيط من 1/ 169.

(5) انظر المعونة: 2/ 1195، وابن عبد السلام الهواري، شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي مخ 3343 م4 و205.

(6) أخرجه مالك مرسلاً في الأقضية، باب القضاء في المرفق. ووصله الحاكم في المستدرك 2/ 57 عن أبي سعيد الخدري، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. كما وصله ابن ماجه وأحمد والدارقطني وغيرهم من طرق مختلفة. وحسنه النووي في الأربعين نووية، والسيوطي في الجامع الصغير. قال الشيخ الشبرخيتي في شرحه على الأربعين ص253: هو حديث حسن لذاته وله طرق متعددة يرتقي بمجموعها إلى درجة الصحّة.

وقد فسّر الحديث بوجوه متعددة[1] تدل على معان متقاربة. ووجه الاستدلال به أنه ﷺ نفى أن يكون في الدين ضرر مشروع. والنفي هنا بمعنى النهي الشرعي والتحريم لسائر أنواع الضرر، ما قل منه وما كثر، إلا لدليل؛ لأن النكرة في سياق النفي تعم[2].

1 ـ حريم البلد:

إذا عمّر جماعة بلداً اختصّوا بها وبحريمها. وحريمها ما يمكن الاحتطاب منه والرعي فيه على العادة من الذهاب والإياب، مع مراعاة المصلحة والانتفاع بالحطب وحلب الدواب، ونحو ذلك، غدوّاً ورواحاً في اليوم، فيختصّون به. ولهم منع غيرهم منه. ووجه جواز منع أهل القرية أو البلد غيرهم من حريم عمارتهم؛ هو نفي الضرر اللاحق بهم بمشاركة غيرهم فيه[3].

وحريم البلد لا يختص به بعض أهل البلد دون بعض؛ لأنه مباح للجميع. ومن أتى منهم بحطب منه أو حشيش أو نحو ذلك ملكه وحده؛ لأن من سبق إلى مباح يكون له. والدليل على أن من أتى من أهل القرية من حريمها بحطب أو حشيش أو نحو ذلك ملكه وحده[4]، قوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له»[5] أي: لأنه من السبق إلى مباح، فيكون لمن سبق إليه.

ولو أراد أحدهم أن يحييه بعمارة ونحوها فلهم منعه، إلّا بإذن الإمام كما تقدم. وللإمام أن يقطع منه ما شاء لمن شاء بالنظر. والدليل الخاص لجواز منع أهل العمارة من إحياء حريم العمارة إلا بإذن الإمام، هو ما تقدم من الدليل على عدم جواز إحياء الموات القريب من العمارة إلا بإذن الإمام.

2 ـ حريم البئر:

ما يضيق على وارد لبئر شُرْبٍ أو ماشية. وما يضرّ بماء بئر ماشية أو شرب أو زراعة لو حفرت بئر أخرى. قال القاضي عياض: حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التي من حقها أن لا يحدث فيها ما يضرّ بها، لا باطناً من حفر بئر ينشف ماءها أو يذهبه أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها، ولا يضرّ بها ظاهراً كالبناء والغرس. والدليل على أن للبئر حريماً، قوله ﷺ: «حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم البئر البدي خمسة وعشرون ذراعاً»[6]. ووجه الاستدلال أنه صلى عليه وسلم قضى

---

(1) انظر في جمعها والوقوف عليها: المنتقى 6/ 40 وشرح الشبرخيتي على الأربعين ص252.

(2) الشبرخيتي، شرح الأربعين نووية ص252.

(3) انظر المنتقى. 6/ 31، 38.

(4) انظر الذخيرة، 6/ 148.

(5) أخرجه أبو داود عن أسمر بن مضرّس، في الخراج والإمارة، باب في إقطاع الأرضين.

(6) أخرجه البيهقي في إحياء الموات، باب حريم البئر. وضعفه.

بالحريم للبئر، على أن تحديده جرى مجرى الحكم والقضاء، فلا يلتزم بعينه. قال أشهب: هذه حكومة تبتدأ، كحكومة الصيد بقدر الضرر، بحسب الأرض رخاوة وصلابة، وبحسب الماء قلة وكثرة، والمراعى الضرر كما هو قول الإمامين مالك وابن القاسم[1].

ومثل البئر في الحريم النهر، فحريمه ما يضيق على وارده أو يضرّ بمائه. وقيل: حريم النهر ألفا ذراع من كلّ جهة. وقد وقعت الفتوى قديماً بهدم ما بني بشاطئ النهر وحرمة الصلاة فيه إن كان مسجداً، كما في المدخل وغيره.

ونقل البدر القرافي عن سحنون وأصبغ ومطرّف، أنّ البحر إذا انكشف عن أرض وانتقل عنها، فإنّها تكون فيئاً للمسلمين، كما كان البحر، لا لمن يليه، ولا لمن دخل البحر أرضه. وقال عيسى بن دينار: إنها تكون لمن يليه. قال الشيخ العدوي: والفتيا والقضاء على هذا خلافاً لسحنون ومن معه.

وأمّا حفر البئر في الدار فهو جائز، ولو أضرّ ببئر جاره في تقليل ماء البئر أو إعدامه. ووجه الجواز أنّ ضرر الجارين بانعدام الماء واحد، فيترجّح حقّ من أراد إحداث بئر في داره بأنّه تصرّف في ملكه[2].

وأمّا لو أضرّ به في غير ذلك من جدار ونحوه منع منه بلا خلاف.

3 ـ حريم الشجر:

ما فيه مصلحة عرفاً للشجرة، من نخل أو غيره. فلربّها منع من أراد إحداث شيء بقربها يضرّ بها، من بناء أو غرس أو حفر بئر، ونحو ذلك.

4 ـ حريم الدار الغير المحفوفة بالدور ما يرتفق أهلها به من مطرح لتراب ومصبّ ميزاب ومصبّ مرحاض:

فلهم منع من أراد إحداث شيء من بناء أو غيره في ذلك الحريم. وهذا إذا كانت الدار في الفيافي. والدليل على أن للدار الغير المحفوفة حريماً[3]: قضاء عمر ﷺ بذلك.

وحاصله، أنه إذا بنى جماعة بلداً في الفيافي مثلاً فما كان مجاور للدار فهو حريم لها يختص بها من كل جهة بحيث يطرح فيه التراب ويصبّ فيه ماء الميزاب أو ماء المرحاض، وأما الدار المحفوفة بالأملاك، فلا تختص بحريم. ولكل من أصحاب الدور المتجاورة الانتفاع بالزقاق المتسع أو الرحبة بينهم، من جلوس ونحوه، ما لم يضرّ بغيره من الجيران، فإنه يمنع.

---

(1) انظر الذخيرة: 6/ 151 وشرح ابن عبد السلام: م 4/ 206.
(2) ـ شرح ابن عبد السلام: 4/ 206.
(3) انظر الذخيرة: 6/ 153.

والأصل في المنع حديث: «لا ضرر ولا ضرار». قال ابن عبد السلام: ولا شك في اشتمال النهي عن الإضرار لغير فائدة تحصل لمحدث الضرر. فإن كان المنع من الإضرار بالجار ثبت منفعته للجار الذي أحدث ما يضر بجاره، نظر إلى أخف الضررين فارتكب؛ فإن تساويا أو تقاربا رجع إلى مقتضى الأصل، وهو جواز تصرف المالك في ملكه على أي وجه شاء. وهذا الذي قلناه هو الذي عليه الكثير من مسائل المذهب في المشهور. وما يوجد من بعضها مخالفاً لهذا فليس بمخالف في المعنى، وإنما هو لاعتقاد قائله أن ما جاز إحداثه من ذلك فهو أخف الضررين، وما منع منه فهو أشد الضررين، ولو انعكس اعتقاده لانعكس الحكم[1].

السبب الثالث: إقطاع الإمام:

إقطاع الإمام سبب من أسباب اختصاص المقطوع له بما أقطعه الإمام من أرض، سواء كان المقطوع له واحداً أو جماعة. والإقطاع خاص بالإمام فليس لنائبه فعله إلّا بإذن الإمام. والدليل على مشروعية الإقطاع[2]:

أ ـ فعل الرسول ﷺ، فقد روي أنه ﷺ قطع لبلال بن الحارث المزني معادن القبلية[3].

ب ـ فعل الخلفاء بعده، أبي بكر وعمر وعثمان ﷺ.

ج ـ إجماع الصحابة على فعل الخلفاء الراشدين إذ لم ينكر عليهم أحد.

ووجه منع نائب الإمام من الإقطاع إلا بإذن الإمام، أن الإقطاع بمنزلة الإعطاء من بيت المال، وهو لا يكون إلا بإذن الإمام[4].

وما يقطعه الإمام إمّا أن يقطعه على وجه التمليك والانتفاع أو الانتفاع فقط.

1 ـ ما يقطعه الإمام على وجه الملك والانتفاع:

للإمام أن يقطع على وجه التمليك والانتفاع، لواحد أو جماعة من الناس، الأرض من غير معمور أرض العنوة، أي: الأرض التي لا تصلح لزراعة الحب من أرض العنوة وإن صلحت لغرس الشجر، كأرض الجبال والرمال والتلال والفيافي والأرض التي انجلى عنها أهلها وليس من العقار، فإنّها من الموات، ولا تصير وقفاً

(1) تنبيه الطالب: و207و.

(2) انظر المنتقى: 2/ 101 والذخيرة: 6/ 153 ـ 154.

(3) أخرجه مالك مرسلاً في الزكاة، باب الزكاة في المعادن. ووصله أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين. ومعادن القبلية ـ بفتح القاف والباء ـ منسوبة إلى قبل ـ بفتح القاف والباء ـ وهي ناحية من ساحل البحر بينها وبين المدينة خمسة أيام.

(4) الذخيرة: 6/ 154.

بالاستيلاء عليها. والدليل على جواز إقطاع ما انجلى عنها أهلها: فعل النبي ﷺ والخلفاء بعده، فقد كانوا يقطعون الأرضين التي جلا عنها أهلها بغير قتال[1].

والإمام مخيّر فيها بين أن يعطيها ملكاً بحيث يورث عن المقطوع له، أو انتفاعاً فليس للمقطوع له فيها إلا الانتفاع ولا يملك الذات.

وأرض العنوة ما فتحت قهراً، كمصر والشام والعراق.

وإذا أقطع الإمام أرضاً لأحد كانت ملكاً له، وإن لم يعمرها بشيء مما تقدم في الإحياء. وقيل في المذهب: بأن الإقطاع يشترط فيه الإحياء فإن عجز المقطوع له عن إحيائها زال ملكه وأقطعت لغيره. والدليل على هذا القول ما يلي[2]:

أ ـ عن عبد الله بن أبي بكر قال: جاء بلال بن الحارث المزني إلى رسول الله ﷺ، فاستقطعه أرضاً، فقطعها له طويلة عريضة. فلما ولي عمر قال له: يا بلال إنك استقطعت رسول الله أرضاً طويلة عريضة، قطعها لك؛ وإن رسول الله ﷺ لم يكن يمنع شيئاً يسأله، وإنك لا تطيق ما في يدك. فقال: أجل. قال: فانظر ما قويت عليه منها فأمسكه، وما لم تطق فادفعه إلينا نقسمه بين المسلمين. فقال: لا أفعل والله، شيء أقطعنيه رسول الله ﷺ؛ فقال عمر: والله لتفعلن، فأخذ منه ما عجز عن عمارته، فقسمه بين المسلمين. وفي رواية: أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع، فلما كان عمر رضي الله عنه قال لبلال: إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجزه عن الناس، لم يقطعك إلا لتعمل. فأقطع عمر بن الخطاب للناس العقيق[3].

ب ـ أن المقصود من الإقطاع ألا تتعطل الأرض من النفع.

ج ـ أن الإقطاع إذن في الإحياء، ومن شرط الإحياء العمارة.

وللمقطوع له بيع الأرض المقطوعة له وهبتها وتورث عنه. وليس الإقطاع من الإحياء، بل هو تمليك مجرد عن معاوضة وعن سبب من أسباب الإحياء. والمرجح أنّ ميراث ما يقطع لا يحتاج لحيازة المقطوع له كي يورث عنه، وعليه لو مات المقطوع له قبل حوزه استحقه وارثه.

ولو أقطع الإمام لأحد على أنّ عليه كذا، أو كلّ عام كذا عُملَ به، ويكون المأخوذ في بيت المال، لا يختص به الإمام لعدم ملكه لما اقتطعه، وإنْ مَلَكَهُ المقطوع له باقتطاع الإمام له. ويلغز بهذا فيقال: شخص جعل له الشارع أصالة أن يملّك غيره ما لا ملك فيه لنفسه.

---

(1) البيان والتحصيل: 10/ 302.

(2) انظر البيان والتحصيل: 10/ 301، المنتقى 6/ 30، الذخيرة 6/ 153.

(3) البيهقي في إحياء الموات، باب من أقطع قطيعة ثم لم يعمرها.

وما اقتطعه الإمام من أرض العنوة إن كان لشخص بعينه انْحَلَّ عنه بموته، واحتاج لإقطاع بعده. وإن كان لشخص وذريته وعقبه استحقته ذريته بعده، الأنثى كالذكر، إلا لبيان تفضيل كالوقف.

2 ـ ما يقطعه على وجه الانتفاع فقط:

الأرض التي للإمام أن يقطعها على وجه الانتفاع فقط، وليس له أن يقطعها ملكاً، هي معمور أرض العنوة، وهي الأرض الصالحة لزراعة الحب من الأراضي المفتوحة عنوة؛ لأنّها تصير وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها قال سحنون: لا يكون الإقطاع في أراضي مصر ولا العراق؛ لأن عمر ﷺ وقفها للمسلمين[1]، كما تقدم في باب الجهاد، وتقدم الدليل على ذلك فيه. ومثلها عقار الكفار.

3 ـ ما لا يجوز للإمام إقطاعه:

لا يجوز للإمام إقطاع أراضي الصلح لأحد مطلقاً، لا ملكاً ولا انتفاعاً. سواء كانت معمورة أو مواتاً، وسواء أسلم أهلها أو لا؛ لأنها مملوكة لأربابها[2].

السبب الرابع: حمى الإمام:

حمى الإمام سبب من أسباب الاختصاص. فعلى هذا لا يعدّ ما حماه الإمام من أرض مواتاً. وأصل الحمى عند الجاهلية أن الرئيس منهم إذا نزل بأرض مخصبة يستعوي كلباً بمحلّ عال، فحيث ينتهي إليه صوته من كل جانب حماه لنفسه، فلا يرعى غيره فيه معه، ويرعى هو في غيره مع غيره. وهذا لا يجوز شرعاً لما فيه من التضييق على الناس؛ لأن الكلأ النابت في الفيافي مباح لكل الناس.

حكم الحمى:

يجوز للإمام أن يحمي أرضاً بشروط، فيمنع رعي كلئها، لأجل أن يتوفّر لدواب الصدقة والغزو وضعفاء المسلمين. قال الشيخ للدسوقي: والظاهر أن جواز الحمى بالشروط إنما هو فيما لم يتعلق به إحياء، وإلّا فلا يجوز حماه. والدليل على جواز الحمى[3]:

أ ـ عن الصعب بن جثامة قال: إنّ رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلّا لله ولرسوله»[4]. ووجه الاستدلال أنه ﷺ نفى أن يكون في الدين حمى مشروع يمنع الناس

---

(1) الذخيرة: 6/ 154. (2) الذخيرة: 6/ 154.

(3) انظر الإشراف: 2/ 668، والمنتقى: 6/ 37، والذخيرة: 6/ 155، وشرح ابن عبد السلام م4/ 207، التوضيح: و87ظ.

(4) أخرجه البخاري في المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله.

منه. والنفي هنا بمعنى النهي الشرعي. ثم استثنى ﷺ نوعاً من الحمى، وهو ما كان لله تعالى ولرسوله، كإبل الصدقة وضعفة المسلمين كما يأتي. أي: ففي الحديث نفي لجواز الحمى، واستثناء لما كان على الصورة الشرعية. والاستثناء من النفي إثبات.

ب ـ فعل الرسول ﷺ، فعن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى النقيع[1].

ج ـ فعل الصحابي، فقد حمى أبو بكر ﷺ الربذة. وحمى عمر ﷺ النقيع والربذة والسرف. وزاد عثمان ﷺ في الحمى على ما كان عليه في عهد عمر بن الخطاب لما زادت إبل الصدقة[2]. وقد أجمع الصحابة على فعل الخلفاء الثلاثة. فدلّ ذلك على أنّ ما فعله النبي ﷺ ليس خاصّاً به.

شروط جواز الحمى:

1 ـ أن تدعو حاجة المسلمين للأرض لنفعهم فلا يحمي لنفسه، ولا لغيره عند عدم الحاجة. فإن لم يحتج إليه فلا يجوز له الحمى.

2 ـ أن يكون الحمى قليلاً، بأن لا يضيق على الناس. أي: بأن كان فاضلاً عن منافع أهل ذلك الموضع. لا إن كان كثيراً بأن ضيق عليهم.

3 ـ أن يكون الحمى من أرض خالية عن البناء والغرس والزرع.

4 ـ أن يكون الحمى لقصد رعي دواب الغزاة والصدقة وضعفة المسلمين.

والدليل على أن حمى الإمام يشترط فيه أن يكون محتاجاً إليه، وأن يكون لدواب الغزو والصدقة وضعفة المسلمين، ما نقل أن الحمى الذي حماه رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر ﷺ إنّما كان لخيل الجهاد وماشية الصدقة ومواشي ضعاف المسلمين. فعن زيد بن أسلم عن أبيه أنّ عمر بن الخطاب استعمل مولى له يسمّى هنيّاً على الحمى فقال له: «يا هنيّ اضمم جناحك عن الناس، واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مجابة. وأدخل ربّ الصريمة والغنيمة. وإيّاك ونعم ابن عفّان وابن عوف؛ فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى المدينة، إلى زرع ونخل. وإنّ ربّ الصريمة والغنيمة إن تهلك ماشيته يأتيني ببنيه، فيقول: يا أمير المؤمنين! يا أمير المؤمنين! أفتاركهم أنا، لا أبالك، فالماء والكلأ أيسر عليّ من الذهب والورق. وايم الله، إنّهم ليرون أن قد ظلمتهم، إنها لبلادهم ومياههم، قاتلوا عليها في الجاهلية، وأسلموا عليها في الإسلام.

---

(1) أخرجه البخاري بلاغاً عن ابن شهاب. ووصله أبو داود في الخراج، باب في الأرض يحميها الإمام.

(2) الأثر عن عمر ﷺ أخرجه البخاري بلاغاً عن ابن شهاب. والأثر عن عثمان أخرجه البيهقي في إحياء الموات. و«النقيع» موضع على عشرين فرسخاً من المدينة، وهو صدر وادي العقيق. و«الربذة» بالتحريك، على ثلاث مراحل من المدينة من جهة مكة. و«سرف» بكسر الراء، وهو موضع على نحو ثلاثة أميال من مكة.

والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً»[1].

ووجه الاستدلال من قول عمر رضي الله عنه أنه أمر مولاه بإدخال الحمى صاحب الصريمة والغنيمة. والصريمة مصغّر الصرمة وهي القطيعة القليلة من الإبل بقدر الثلاثين؛ والغنيمة مصغر الغنم، أي: القليل منها بقدر الأربعين. وهذا يفيد الفقر؛ لأن صاحب الصريمة والغنيمة لا يملك من المال غير ذلك، بدليل وصف القلّة. وفي انعدام الرعي أو قلته هلاك ما يملك ووقوعه في الخصاصة والحاجة، واللجوء إلى طلب الإغاثة من أمير المؤمنين. وأمر عمر بمنع الأغنياء من رعي مواشيهم في الحمى؛ لأنهم ليسوا من أهل الحاجة إليه، ودخولهم يضرّ لكثرة مواشيهم ودوابهم.

ثم ذكر عمر رضي الله عنه علّة أخرى لإقدامه على الحمى، مع ما ذكر من الحاجة إلى حماية مواشي فقراء المسلمين؛ هي الحاجة إلى رعي دواب بيت المال، سواء التي تجمع من الصدقات وتصرف للفقراء، أو التي تعد للجهاد وحمل الغزاة[2].

ومثل الإمام في الحمى نائبه المفوض له، وإن لم يأذن له الإمام؛ بخلاف الإقطاع فليس لنائبه إقطاع إلا بإذن؛ والفرق أن الإقطاع يحصل به التمليك فلا بد فيه من الإذن، بخلاف الحمى ففيه امتناع فقط.

ولا يجوز الحمى لغير الإمام أو نائبه[3]. والدليل على ذلك:

أ ـ ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله ولأئمة المسلمين من بعده»[4]. وقد استدل بهذا الحديث بزيادة «ولأئمة المسلمين» القاضي عبد الوهاب[5]؛ وهي زيادة غير معروفة. ولكن وجه الاستدلال بالحديث على هذه المسألة بغير هذه الزيادة، أن إضافة الحمى إلى الله ورسوله يفيد أن الحمى من حقوق الله لأمن حقوق العباد؛ وحقوق الله تعالى يقوم بحفظها الإمام، كما قام بذلك رسول الله صلى عليه وسلم بصفة الإمامة، ثم أبو بكر، وعمر رضي الله عنهما.

ب ـ أن الحمى من مرافق المسلمين العامة ومصالحهم، فكان النظر فيه إلى الإمام[6]. قال ابن العربي: «لم يحم الله ورسوله لأنفسهما، وإنما الحمى لمنافع المسلمين العامة، فكان الإمام فيها خليفة الله ورسوله»[7].

---

(1) أخرجه في دعوة المظلوم؛ باب ما يتقي من دعوة المظلوم؛ والبخاري في الجهاد، باب إذا أسلم قوم في دار الحرب.
(2) انظر المنتقى: 7/ 327 وشرح ابن عبد السلام م4/ 207.
(3) حاشية الدسوقي: 4/ 69.
(4) سبق تخريج الحديث بدون لفظ «ولأئمة المسلمين من بعده» وهذه الزيادة لم أقف عليها.
(5) الإشراف: 2/ 668. (6) الإشراف: 2/ 668.
(7) عارضة الأحوذي: 6/ 150.

أحكام المياه والكلأ(1)

بيع الماء:

يجوز لصاحب ماء بئر، وماء مأجل، ولمن نزل المطر بأرضه الخاصّة به بملك أو منفعة وجرى منها، وصاحب ماء يملكه بآنية أو حفرة أو بركة أو جرّة أو قربة؛ يجوز له منعه من غيره، وبيعه، وهبته، والتصدق به. وهذا مبني على جواز تملّك الماء، والدليل على جواز تملّكه:

أ ـ ملك هاجر لماء زمزم، ومنعها قبيلة جرهم منه، وإنّما أباحت لهم الشرب منه على أن لا يكون لهم فيه حقّ. فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: «يرحم الله أم إسماعيل، لو تركت زمزم»، أو قال: «لو لم تغرف من الماء لكانت عيناً معيناً. وأقبل جرهم فقالوا: أتأذنين أن ننزل عندك؟ قالت: نعم، ولا حق لكم في الماء، قالوا: نعم»[2]. وهذا الدليل هو من باب الاستدلال بشرع من قبلنا. واعتبر ابن العربي أنّ الأرض كانت ملكاً لهاجر، وعلى هذا جاز لها تملّك البئر[3].

ب ـ عن ثمامة بن حزن القشيري قال: شهدت الدار حين أشرف عليهم عثمان فقال: ائتوني بصاحبيكم اللذين ألباكم عليّ، قال: فجيء بهما فكأنهما جملان أو كأنهما حماران؛ قال: فأشرف عليهم عثمان فقال: أنشدكم بالله والإسلام هل تعلمون أن ﷺ قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال: «من يشتري بئر رومة فيجعل دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة» فاشتريتها من صلب مالي فأنتم اليوم تمنعوني أن أشرب حتى أشرب من ماء البحر قالوا اللهم نعم... الحديث[4].

وقد استدل ابن العربي به على ملك الماء[5]، ولم يبين وجه ذلك وهو ظاهر؛ لأنّ النبي ﷺ طلب شراء البئر من مالكيه اليهود، وطلب وقفه والتصدق به على

(1) هذا المبحث مأخوذ من الشرح الكبير وحاشيته: 4/ 72.
(2) أخرجه البخاري في المساقاة، باب من رأى صاحب الحوض والقربة أحق بمائه.
(3) القبس: 3/ 928.
(4) أخرجه الترمذي في المناقب، باب في مناقب عثمان بن عفان؛ والنسائي في الأحباس، باب وقف المساجد؛ وأخرجه البخاري معلقاً في المساقاة، باب الشرب.
(5) القبس: 3/ 927.

المسلمين والشراء إدخال المشترى في الملك، والوقف نزول عن ملكية الموقوف؛ فدل ذلك على جواز تملك الماء.

ج ـ عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[1].

د ـ عن عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع نقع البئر»[2]. ونقع البئر فضله.

ووجه الاستدلال من الحديثين، أنّ النبي ﷺ نهى عن منع فضل الماء وفضل البئر، وهو ما فضل عن حاجة صاحبه بعد أخذ ما يسدّ حاجته منه؛ ولو كان الماء غير مملوك لأحد وممنوعاً منعه وبيعه لجعل لمن يجب بذل الفضل إليه الحق في أصل البئر، لا في فضله فقط، ولو لم يأخذ صاحب الماء كفايته منه. قال ابن القاسم، قال الإمام مالك في معنى الحديث: «فإنما هو ما يفضل عنهم، ولو كان الناس يشاركونهم ما انتفعوا بمائهم دون غيرهم»[3]. وسيأتي ذكر من يجب بذل الفضل إليه.

هـ ـ الإجماع على أنّ جواز بيع ما حيز من الماء المباح الأصل[4].

ويستثني من جواز المنع والبيع ما يلي:

1 ـ إذا خيف الهلاك أو الضرر الشديد على عاقل أو غير عاقل، وكان لا يملك ثمناً للماء معه حين الخوف عليه، ولو كان ملياً ببلده مثلاً، فليس لمالك الماء في هذه الحالة أن يمنعه الماء أو يبيعه له. بل يجب عليه دفعه له مجاناً، ولا يرجع عليه بعد ذلك، ولو كان ملياً بمحل آخر. أما لو كان معه مال فيجب عليه بيعه له بالثمن باتفاق. ودليل جواز أخذ الثمن على ذلك: الجمع بين مصلحة صاحب الماء ومصلحة المضطر المالك للمال[5].

والكلام هنا في الزائد على ما يحيا به صاحب الماء نفسه، وأما لو كان الموجود قدر ما يحيي نفسه فقط كان له منعه، ويقدّم هو على غيره ولو خيف هلاك ذلك الغير.

وما تقدم في هذه المسألة من جواز منع الماء وجواز بيعه هو المشهور. وقال يحيى بن يحيى: لا أرى أن يمنع الحطب والماء والنار والكلأ. وقيّد ابن رشد هذا

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في المياه؛ والبخاري في المساقاة، باب إن صاحب الماء أحق بالماء؛ ومسلم في المساقاة، باب بيع فضل الماء.

(2) أخرجه مالك مرسلاً في الأقضية، باب القضاء في المياه؛ ووصله الحاكم وصححه: 2/ 61، ووافقه الذهبي.

(3) المدونة: 4/ 374.

(4) المعلم: 2/ 288، والمفهم: 5/ 2794، وإكمال الإكمال: 5/ 442.

(5) الذخيرة: 6/ 165.

الخلاف بما إذا كانت البئر أو العين في أرضه التي لا ضرر عليه في الدخول فيها للاستقاء منها. وأمّا البئر التي في دار رجل أو في حائطه التي حظر عليها فله أن يمنع من الدخول عليها اتفاقاً. ويقيد المنع بغير ما استثني، وهو من لم يخف عليه الهلاك، وإلّا فلا يجوز المنع اتفاقاً. والمراد بالحطب والكلأ اللذان في أماكن البحث عنها، لا في منزله، وإلّا كان له منعها اتفاقاً.

2 ـ فضل ماء بئر الزرع. أي: المملوك لصاحبه. فيجب دفع ما فضل عن الحاجة من ماء بئر أو عين للجار، وذلك إذا خيف على زرع الجار أو شجره. والدليل على وجوب دفع ما فضل من الماء في هذه المسألة[1]:

أ ـ عن عائشة ﵂ أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع نقع البئر»[2]؛ وعن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[3]. ووجه الاستدلال أنّ النهي في الحديث عام في نوعين من الماء:

الأول: ماء بئر الماشية، أي: المحفورة في أرض غير مملوكة، وسيأتي الحديث عن ذلك.

الثاني: ماء بئر الزرع، أي: المحفورة في أرض مملوكة؛ لكنّه مخصّص في بئر الزرع بحال الضرورة التي تلحق الجار بتلف زرعه وهلاك غرسه، بأسباب فسر الفقهاء بها الحديث وحملوه عليها، وتبينها الشروط الآتي ذكرها. وأمّا في غير حال الضرورة فلا حق فيها لغير مالكها. ودليل تقييد الحديث بهذه الشروط في ماء بئر الزرع: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[4]، أي: نفي الضرر عن مالك البئر؛ لأنّ الأصل في الآبار أنّها مملوكة لأصحاب الأراضي المحفورة بها، والشريعة لا توجب على المكلف الخروج عمّا يملك وبذله للغير بدون رضاه، إلّا عند ضرورة اقتضاء ذلك، وهو حالة الضرورة القائمة بالغير، ولذلك جعل للمضطر فضل ماء البئر دون المشاركة في البئر.

ب ـ قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». ووجه الاستدلال أنّه من الضرر البيّن أن يمنع صاحب الماء لمحتاجه، فيما لا حاجة له هو به، فيضرّ به فيما لا منفعة له فيه.

ج ـ أنّ أحكام المياه في الشرع مبنية على المواساة. والمواساة في هذه الحالة واجبة.

ويشرط للوجوب ما يلي:

---

(1) المدونة: 4/ 375، والمنتقى: 6/ 39 ـ 40، والبيان والتحصيل: 10/ 262، والمقدمات: 2/ 297 ـ 298.

(2) سبق تخريجه. (3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في المرفق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضرّ بجاره.

الأول: أن يكون الجار قد أنشأ زرعه أو شجره على أصل ماء بئر ونحوه، فلو زرع أو غرس على غير ماء لم يجب على جاره بذل الماء له، لمخاطرته وتعرضه للهلاك، ويكون بذلك مضاراً لمالك الماء، والضرر بالغير منفي في الدين بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[1].

الثاني: أن ينهدم البئر.

الثالث: أن يشرع في إصلاح بئره. فإن لم يشرع في الإصلاح لم يجب على الجار بذل فضل مائه، ووجه ذلك أن من يترك إصلاح بئره يعد غير مضطر[2].

الرابع: أن يفضل شيء من الماء عن زرع صاحبه، فإن لم يفضل لم يجب. وذكر الشيخ الدسوقي أنه ينبغي وجوب بذل الماء إذا خيف تلف بعض زرع صاحب الماء وهلاك جميع زرع الجار ارتكاباً لأخف الضررين، مع غرم قيمة بعض الزرع الذي يتلف لرب الماء على من يأخذه.

ويجبر رب الماء على دفع فضل الماء لجاره بالشروط المذكورة. فإن انخرم شرط منها لم يجبر.

ولا يدفع الجار ثمناً لرب الماء ولو كان ملياً وهو المعتمد في المذهب. والدليل[3]:

أ ـ القياس على الاستحقاق؛ لأنّه لما حكم عليه بتسليم فضل الماء دون انتقال ملكه عنه ولا انتقاله إليه، كان ذلك بغير عوض.

ب ـ القياس على بئر الماشية الآتي الحديث عنها؛ لأنّه فضل ماء يقضى به، فلم يكن له ثمن.

والفرق بين المضطر لطعام الغير لإحياء نفسه أنّه يأخذه بالثمن، وبين المضطرّ لماء الغير أنّه يأخذه بدون ثمن؛ أنّ الطعام يضرّ بذله بصاحبه، لأنّه لا يخلفه إلّا بسعي ومشقة لقلته غالباً ووجود المشاحة فيه؛ وأما الماء فما يذهب منه يمكن إخلافه لوجوده عادة ولعدم المشاحة فيه. ولهذا الفرق لا يقاس الماء على الطعام[4].

وخالف ابن يونس حيث قال: يلزمه الثمن إن كان معه، والدليل:

أ ـ القياس على مسألة من خيف عليه الهلاك.

ب ـ الجمع بين مصلحة صاحب الماء ومصلحة المضطر الخائف على زرعه من التلف[5].

---

(1) سبق تخريجه.
(2) المنتقى: 6/ 40.
(3) المنتقى: 6840.
(4) المعلم: 2/ 288، والمفهم: 5/ 2794.
(5) الذخيرة: 6/ 165.

وأجاب الشيخ الدردير على هذا القياس بأن الماء في مسألة الزرع فضل عن حاجة صاحبه وجاره معذور بهدم بئره مع أخذه في الإصلاح بخلاف من خيف عليه الهلاك، وعادة يكون في السفر، فإن الغالب عليه أنه مختار بالسفر مع كونه يحتاط لنفسه باستعداد الثمن لمثل ذلك.

والمراد بالجار الذي يجب دفع ما فضل عن الحاجة من ماء إليه، من يمكنه سقي زرعه من ماء بئر الجار وإن لم يكن ملاصقاً له.

3 ـ فضل ماء بئر الماشية. وهو غير المملوك. فمن حفر بئراً في البادية في غير ملكه لماشية أو لشرب، وفضل عن حاجته فضلة، وطلبها غيره فإنّه يجبر على بذل تلك الفضلة لمن طلبها. وليس له أن يمنعها عنه، ولو لم يكن مضطراً ولا صاحب زرع. والدليل على أنّه يلزمه ذلك[1]:

أ ـ عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[2]. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ نهى عن أن يمنع صاحب الماء غيره من فضل مائه. وهذا الحديث خاص بآبار الماشية التي في الفلوات والبوادي والصحاري التي بها الكلأ. وقد نهى النبي ﷺ عن منع فضل مياه هذه الآبار لأنّه يؤدّي إلى منع رعي الكلأ الذي حولها، لأنّ المواشي لا ترعى إلّا حيث يوجد الماء، فإذا منعت من الماء كان ذلك منعاً لها من الكلأ، فاللام في «ليمنع» للعاقبة والمآل.

ب ـ عن عائشة ﵂، أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع نقع البئر»[3]، ونقع البئر فضله. ووجه الاستدلال أنّ الحديث يحتمل عدة وجوه، منها البئر المحفورة في الفيافي يحفرها المرء، وهي بئر الماشية، فإنّه ليس له منع غيره ما فضل عن حاجته، لأنّ شأن الفيافي والصحاري والبوادي أنّها أماكن ضيق وضرورة إلى الماء، والمواساة تجب فيها أكثر من غيرها[4].

ج ـ أنّ العادة جرت بأنّ البئر التي يحفرها المرء في الفيافي والصحاري، أي: في غير ملكه، لا يحفرها للتمليك وإنّما يحفرها للسبيل وليفوز بحقّ التقديم على غيره في شرب ماشيته، ثم يتصدّق بما فضل من مائها ويسيحه للناس؛ فيحمل عمل من حفر في الفيافي والصحاري على المعتاد[5].

---

(1) المدونة: 4/ 374، والإشراف: 2/ 668، والمنتقى: 6/ 43 و39، والمعلم: 2/ 288، والبيان والتحصيل: 10/ 259، والمقدمات: 2/ 298 ـ 299، والذخيرة: 6/ 168، وإكمال الإكمال: 5/ 442.

(2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) المنتقى: 6/ 93.

(5) المعونة: 2/ 1196، والمنتقى: 6/ 35، والذخيرة: 6/ 162.

د ـ سدّ الذريعة إلى بيع الكلأ المباح، التي يشير إليها حديث: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»؛ ذلك أنّ البئر في البادية أو الصحراء إذا كان قربها كلأ، وغلب عليها غالب ومنع غيره منها، كان بمنعه الماء مانعاً من الكلأ، لأنّه متى ورد وارد بماشيته فأرعاها الكلأ ثم لم يسقها قتلها العطش؛ ومنع الكلأ المباح إضرار بالناس وهو ممنوع.

وأيضاً فإنّ قول النبي ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلأ والماء والنار»[1]، محمول على الآبار المحتفرة في البراري وحيث لا ملك لأحد عليها[2].

وإذا وجب دفع الماء لمن طلبه، فإنّه يدفع له بدون ثمن، لأنه لا يجوز له بيعه ولا هبته ولا يورث عنه. والدليل[3]:

أ ـ عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء[4]. والحديث نص في النهي عن البيع. ويحمل النهي هنا في الحديث على فضل ماء بئر الماشية في البوادي والفيافي؛ ويتناول الحديث أيضاً الأنهار والعيون والآبار الغير المملوكة في البراري.

ب ـ ما تقدم من دليل النهي عن المنع، وتعليل ذلك بالضرورة وسد الذريعة.

وهذا بشرط أن لا يبيّن حين حفرها أنّه قصد الملكية للبئر وما فيها من الماء. فإن بيّنها بإشهاد عند الحفر كان له المنع وأخذ الثمن إن وجد، لأنه إحياء حينئذ؛ لأنّ المكان يملك بالإحياء[5].

وأما إذا حفر بئر ماشية في ملك فله منعه وبيعه على ما تقدم في الماء المملوك، والدليل: العادة، فقد جرت بأنّ من يحفر بئراً للماشية في أرضه، أنّ حفره يكون في الظاهر على الملك وإباحة البيع[6].

اجتماع مستحقين على بئر الماشية:

إذا اجتمع على ماء بئر الماشية مستحقون، والحال أن الماء الذي فيها يكفيهم فإنّهم في استحقاق البداءة بالرّيّ كما يلي:

ـ صاحبها؛ ودليل تقديم صاحبها: عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا

---

(1) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في منع الماء؛ وابن ماجه في الأحكام، باب المسلمون شركاء في ثلاث، عن ابن عباس.

(2) المعونة: 2/ 1196.

(3) المنتقى: 6/ 35 و36، والبيان والتحصيل: 10/ 260، والمعلم: 2/ 288، والمفهم: 5/ 2794، وإكمال الإكمال: 5/ 442.

(4) أخرجه مسلم في المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء.

(5) المعونة: 2/ 1197. (6) المنتقى: 6/ 35.

يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[1]. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ نهي عن منع فضل الماء، والنهي عن ذلك يدل على الأمر ببذل الفاضل، وهو ما زاد على قدر كفاية صاحب الماء، فيكون صاحب الماء أحقّ بالتقديم لأخذ كفايته، لأنّ العادة جرت بأنّ البئر التي يحفرها المرء في الفيافي والصحاري، أي: في غير ملكه، إنّما يحفرها ليفوز بحقّ التقديم على غيره في شرب ماشيته، ثم يتصدّق بما فضل من مائها ويسيحه للناس؛ فيحمل عمل من حفر في الفيافي والصحاري على المعتاد[2].

ـ المسافر لاحتياجه لسرعة السير. ودليل تقديم المسافر بعد صاحب الماء:

أ ـ ما روي أنّ عمر بن عبد العزيز كتب في الآبار التي بين مكة والمدينة: ابن السبيل أولى من شرب منها[3].

ب ـ أنّ ضرورة المسافر آكد من الحاضر، وحرمة نفسه مقدمة على الحيوان[4].

ويكون له على الحاضر حق إعارة آلة نزع الماء، سواء كان الحاضر صاحب الماء أو غيره، وعليه أن يعير المسافر الآلة. وهذا ما لم تجعل الآلة للإجارة وإلا فيأخذها بالأجرة. فإن لم توجد معه الأجرة، فيتبع بها في ذمته.

ـ الحاضر. أي: المقيم في مكان البئر.

ـ دابة صاحب البئر.

ـ دابّة المسافر ومواشيه. ووجه تقديم دواب المسافر ومواشيه على دواب المقيم ومواشيه، هو فرط الحاجة التي يبعث عليها السفر[5].

ـ دابة المقيم.

ـ ماشية صاحب البئر.

ـ ماشية المقيم. ووجه تأخير مواشي صاحب البئر عن مواشي المسافر، مع أنّ له حق الاستحقاق، أنّ استحقاق الماء ضعيف في أصله، فيطرح عند الضرر بالغير[6].

وحكم هذا الترتيب الوجوب. ومن قدّم فإنه يقدّم بجميع الريّ.

وعلّل الشيخ الدردير تأخير المواشي عن الدواب بأن المواشي تذبح فتؤكل بخلاف الدواب.

وهذا الترتيب المذكور إنما هو إذا كان في الماء كفاية للجميع، ولم يكن فيهم من أخذه الجهد.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) المعونة: 2/ 1196، والمنتقى: 6/ 35، والذخيرة: 6/ 162.

(3) المنتقى: 6/ 36.

(4) المنتقى: 6/ 36، والذخيرة: 6/ 167.

(5) الذخيرة: 6/ 163.

(6) الذخيرة: 6/ 163.

فإن لم يكن في ماء بئر الماشية ما يكفي الجميع أو كان فيها ما يكفيهم، لكن يحصل الجهد لبعضهم باشتداد عطشه وخوف هلاكه، بتقديم غيره عليه، بدئ بالمجهود كان عاقلاً أو غير عاقل، ولو غير صاحب البئر وغير دابته.

سيلان ماء المطر المباح من أرض مباحة إلى أراض مملوكة:

إذا نزل مطر بأرض مباحة ـ غير مملوكة ـ وسال منها إلى أراض مملوكة لأناس شتّى، ومثل المطر النّهر كنهر النيل؛ فإن الذي يسقي منه هو الأقرب للماء المذكور بشرط أن يكون متقدماً في الإحياء على الأبعد أو متساوياً معه. وإلّا فيتقدم الأبعد، ووجه تقديمه لتقدم استحقاقه[1].

وإذا سقى من له الحق في السقي قبل صاحبه، فإنه يسقي حتى يبلغ الماء فيه الكعب، ثم يرسل للآخر على الترتيب المذكور، والدليل:

أ ـ ما روي أنّ رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذينب: «يمسك حتى الكعبين، ثم يرسل الأعلى على الأسفل»[2]. ووجه الاستدلال أنّ مهزور ومذينباً واديان معروفان من أودية المدينة، لا ملك لأحد عليهما، يسيلان بالمطر، يتنافس فيهما أهل المدينة، فقضى رسول الله ﷺ بأن يسقي الأعلى إلى الكعبين، ثم يرسل إلى الأسفل[3].

ب ـ عن عروة قال: خاصم الزبير رجلاً من الأنصار في شريج من الحرة[4]، فقال النبي ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك». فقال الأنصاري: يا رسول الله أن كان ابن عمتك. فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر، ثم أرسل الماء إلى جارك» واستوعى النبي ﷺ للزبير حقه في صريح الحكم حين أحفظه الأنصاري، كان أشار عليهما بأمر لهما فيه سعة، قال الزبير: فما أحسب هذه الآيات إلا نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾، قال ابن شهاب: فقدرت الأنصار والناس قول النبي ﷺ: «اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر»، وكان ذلك إلى الكعبين[5].

ووجه الاستدلال أنّ الماء الذي اختصم فيه الزبير والأنصاري غير مملوك

---

(1) الذخيرة: 6/ 161.

(2) أخرجه مالك بلاغاً في القضاء، باب القضاء في المياه؛ ووصله أبو داود في الأقضية، أبواب من القضاء؛ وابن ماجه في الرهون، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء.

(3) المنتقى: 6/ 33؛ والبيان والتحصيل: 10/ 266، والمقدمات: 2/ 296، والجامع لأحكام القرآن: 5/ 186.

(4) شريج الحرة: مسيل الماء، والحرة: الأرض الصلبة مكونة من حجارة سود نخرة.

(5) أخرجه البخاري في تفسير القرآن، باب قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ﴾؛ ومسلم في الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ.

الأصل، وإنّما كان ماء سماء يجري في المسيل، يجتذب كلّ جار يمرّ عليه ما يحتاج إليه. وكان الأنصاري تحت الزبير، وكان النبي ﷺ أشار على الزبير أوّلاً ـ من باب الصلح ـ بأن يسقي وأن يترك من حقّه على وجه المعروف؛ ثم استوفى له حقّه كاملاً قضاء حين قضى له بأن يسقي ويحبس الماء حتى يرجع إلى الجدر، أي: حتى يستوي مع حائط الحوض، وإذا وصل الماء إلى الجدر فقد وصل إلى الكعبين[1].

ودليل وجوب إرسال الماء بعد السقي للأسفل:

أ ـ النصّ على ذلك من النبي ﷺ في الحديثين السابقين.

ب ـ عن عائشة رضي الله عنها، أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع نقع البئر»[2]. ووجه الاستدلال أنّ من معانيه أنّه يدل على أنّ الماء الذي أصله غير مملوك لأحد أن يأخذ منه من له حقّ التقديم ثم يبذله لغيره[3].

ويؤمر المقدّم في السقي ـ قضاء ـ أن يسوّي أرضه إن أمكن. فإن لم تمكن التسوية وكان الماء لا يبلغ الكعبين في المرتفع من أرضه حتى يكون في المنخفض أكثر، فتصير أرضه كأرضين، عليا وسفلى، فتسقى كل جهة منها على حدتها، ثم ينتقل لغيرها.

وهذه المسألة تتعلّق بالأرض المباحة التي نزل بها المطر وسال منها. وهي خلاف المسألة التي تقدمت في بداية المبحث، المتعلقة بالأرض المملوكة التي نزل بها المطر وجرى منها فإن لصاحب الأرض منع الماء من غيره.

جريان الماء المباح بين أرضين:

إذا جرى الماء المباح كماء مطر ونهر ونحو ذلك بين أرضين متساويتين في القرب للماء فإنّه يقسم بينهما، سواء كانت الأرضان في جهة واحدة أو إحداهما في جهة والأخرى في جهة أخرى وذلك إذا استوى زمن إحيائهما.

ويقسم الماء بينهما بالسوية ولو اختلفت مساحتهما. ووجه ذلك تساويهما في جهة الاستحقاق وهو القرب[4].

واستظهر هذا القول الشيخ الدسوقي تبعاً لشيخه. وقيل بينهما على حسب مساحة كل منهما.

اجتماع جماعة على ملكية ماء:

إذا ملك جماعة الماء أوّلاً، بأن اجتمعوا على إجرائه بأرض مباحة أو أرضهم

(1) المنتقى: 6/ 34، والقبس: 3/ 962، والجامع لأحكام القرآن: 5/ 185، والذخيرة: 6/ 161.
(2) سبق تخريجه. (3) المنتقى: 6/ 39.
(4) المنتقى: 6/ 33.

المشتركة بينهم أو على حفر بئر أو عين، في الأرض المباحة أو المشتركة، فإنه يقسم بينهم على حسب أعمالهم، من غير تبدئة لأقرب على أبعد، لملكهم له قبل وصوله لأرضهم.

ويقع القسم بكل آلة يتوصل بها لإعطاء كلّ ذي حق حقه من الماء، كالساعات أو يقع القسم بالأيام.

وإذا تشاحوا في التبدئة بأن طلبها كلّ منهم فإنه يقرع بينهم، فمن خرج سهمه بالتقديم قدّم. وأمّا إذا تراضوا بتبدئة بعضهم على بعض فلا قرعة.

صيد السمك في المياه:

لا يجوز لأحد أن يمنع غيره من صيد السمك ولو من ملكه ـ أي: سواء كان السمك في ماء الأودية والأنهار التي ليست في ملكه بل في موات، أو كان السمك في ماء كائن في ملكه. وسواء كان الملك ملك الذات كأرض الصلح أو أرض موات ملكها بإحياء أو إقطاع، أو كان الملك ملك المنفعة كأرض العنوة. ووجه عدم جواز المنع من الصيد أنّ ذلك ليس من مكارم الأخلاق[1].

وحكم الجواز المذكور خصوصاً في الأرض التي فيها السمك المملوكة بملك الذات بإحياء أو إقطاع أو كانت أرض صلح، أو بملك المنفعة بأن كانت أرض عنوة يزرعها بالخراج، مقيّد بعدم وجود ضرر شرعي، كالإطلاع على النساء، أو إفساد الزرع، وإلا جاز المنع من الصيد.

وأمّا لو كان السمك في الأودية أو الأنهار فليس لأحد أن يمنع غيره من صيده بحال.

حكم الكلأ:

لا يجوز لأحد أن يمنع غيره رعي الكلأ[2] في نوعين من الأراضي المملوكة:

ـ الأرض الفحص التي يتركها صاحبها استغناء عنها، ولم يبوّرها لأجل أن ينبت بها الكلأ فيرعاه لنفسه، فنبت بها الكلأ.

ـ الأرض العفاء. وهي الأرض التي تترك فلا تزرع لعدم قبولها الزرع.

ومحلّ عدم جواز المنع فيهما إذا لم يكتنفهما زرع للمالك وإلّا فله المنع. ووجه جواز المنع في هذه الحالة أنّ دخول الغير للأرض الفحص والأرض العفاء للرعي يدخل ضرراً على المالك بمرورهم على زرعه وإتلافه[3].

---

(1) الذخيرة: 6/ 169.

(2) الكلأ ما نبت في المراعي من غير زرع.

(3) المنتقى: 6/ 83، والبيان والتحصيل: 10/ 287، والذخيرة: 6/ 164.

وما عدا هذين النوعين مما يملكه الإنسان من الأرض التي يخصصها لرعي دوابه، أو التي يبوّرها لتنبت الكلأ لرعي دوابه، فله منع غيره من الرعي فيها. ودليل جواز المنع:

أ - القياس على الصوف النابت على ظهر حيوانه والشجر النابت في أرضه، بجامع الملك[1].

ب - أنّ صاحبها منع نفسه من منافعها من أجل حاجته إلى الكلأ لرعي لمواشيه ودوابه[2].

وما عدا ما تقدم كالفيافي والبراري والصحاري، فالناس فيه سواء إلا السلطان فله أن يحمي للمصلحة على ما تقدم ذكره. وليس لأحد سواه أن يمنع غيره من الرعي فيها، ولا أن يبيعه وهو قائم في موضعه، والدليل:

أ - عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تبيعوا فضل الماء، ولا تمنعوا الكلأ فيهزل المال ويجوع العيال»[3]. وهو نصّ في النهي عن منع الكلأ.

ب - عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ»[4]. ووجه الاستدلال أنّ الحديثين فيمن حفر بئراً في غير ملكه أو سبق إلى ماء أو إلى بئر متروكة، في الفيافي والصحاري والبوادي، وأنّ النبي ﷺ نهاه عن منع فضل ذلك الماء، لأنّه ذريعة إلى منع رعي الكلأ الذي حوله والذي هو مباح لجميع الناس، لأنّ صاحب الماشية إذا منع من الماء لم يقدر على الإقامة على رعي ماشيته ما حول الماء من الكلأ، لأنه متى أرعى ماشيته ذلك الكلأ ثم لم يسقها قتلها العطش، فيكون منعه الماء قصداً لمنعه الكلأ إضراراً به، والكلأ لا يمنع، فاللام في «ليمنع» للعاقبة والمآل. ولو جاز منع الكلأ لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به إلى منع الكلأ[5].

ج - عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يباع فضل الماء ليباع به الكلأ». وهذا الحديث يفيد النهي عن منع بيع الكلأ. ووجه الاستدلال من كالذي قبله، أي: إنّ من حفر بئراً في غير ملكه أو سبق إلى ماء أو إلى بئر متروكة، إذا باعه فكأنّه باع الكلأ الذي حوله والذي هو مباح لجميع الناس؛ لأنّ أصحاب المواشي لا يبذلون المال في الماء فحسب، بل ليتوصّلوا به إلى رعي الكلأ الذي حوله، لأنّهم إذا أرعوا مواشيهم ذلك الكلأ دون سقيها قتلها العطش، فصار مقصودهم تحصيل الكلأ، وصار مقصود

---

(1) عارضة الأحوذي: 6/ 151.
(2) المنتقى: 6/ 38، والذخيرة: 6/ 146.
(3) أخرجه أحمد في باقي مسند المكثرين.
(4) سبق تخريجه.
(5) المنتقى 3/ 37، والبيان والتحصيل: 10/ 244، والمعلم: 2/ 288، والمفهم: 5/ 2795، وإكمال الإكمال: 5/ 443.

بائع الماء بيع الكلأ معه[1].

والحديثان الثاني والثالث من باب سد الذرائع؛ قال الإمام الباجي: «ومعنى ذلك أنّ من منع فضل الماء ليتسبب به إلى منع الكلأ المباح، إذ لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء. والمانع فيما يحتاج إليه من الماء يقصد غالباً الانفراد بالكلأ، فمنع من ذلك، ووجب على هذا على أصل مالك وأصحابه في الذرائع أن يمنع منه ـ أي: منع فضل الماء ـ من قصد الكلأ ومن لم يقصده»[2].

د ـ قول النبي ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلأ والماء والنار»[3].

ووجه الاستدلال أنّ المراد بالكلأ هو النابت في الأرض المباحة[4].

حكم النار:

قال القاضي ابن رشد الجد: أمّا النار فلا اختلاف في أنّه لا يجوز لأحد أن يمنع غيره من الاقتباس منه، إذ لا ضرر عليه في ذلك[5].



---

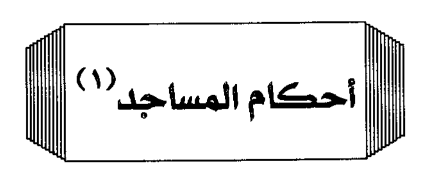
(1) والمعلم: 2/ 288، والمفهم: 5/ 2795، وإكمال الإكمال: 5/ 443.

(2) المنتقى: 3/ 37.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في منع الماء؛ وابن ماجه في الأحكام، باب المسلمون شركاء في ثلاث، عن ابن عباس.

(4) عارضة الأحوذي: 6/ 151.

(5) البيان والتحصيل: 10/ 315.



جرت عادة أهل المذهب بذكر مسائل تتعلق بالمسجد هنا، نظراً إلى أنه مباح للناس كالموات في الجملة، ولأنّ إحياء المساجد من الإحياء المعنوي، فناسب ذكره عقب إحياء الأرض الموات الذي هو إحياء حسّي. وإن كان الأنسب ذكرها في كتاب الصلاة.

تعريف المسجد:

المسجد لغة اسم لمكان السجود. وعلى هذا كلّ موضع يمكن أن يعبد الله فيه ويسجد له يسمّى مسجداً، ومنه ما رواه جابر بن عبد الله ﷺ، أنّ النبي ﷺ قال: «أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً فأيّما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل، وأحلّت لي المغانم ولم تحلّ لأحد قبلي، وأعطيت الشفاعة، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة»[2].

والمسجد شرعاً اسم منقول، نقله الشرع للمكان المعيّن المحدود المتخذ للصلاة[3]. وعلى هذا فقد أجمعت الأمّة على أنّ البقعة التي إذا عيّنت للصلاة بالقول خرجت عن جملة الأملاك المختصّة بربّها، وصارت عامّة لجميع المسلمين بمنفعتها ومسجديتها؛ فلو أنّ رجلا بنى مسجداً في داره ومنعه عن الناس واختصّ به لنفسه، لبقي على ملكه ولم يخرج إلى حكم المسجدية، ولو أباحه للناس كلّهم كان حكمه حكم سائر المساجد العامة، وخرج عن اختصاص الأملاك[4].

حكم بناء المساجد:

يجب على كلّ قوم استوطنوا مكاناً أن يتخذوا مسجداً، والدليل على ذلك ما يلي[5]:

(1) مأخوذ من الشرح الكبير وحاشيته: 4/ 70.

(2) أخرجه البخاري في التيمم، باب قول الله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾.

(3) التحرير والتنوير: 8/ 88.

(4) أحكام القرآن: 1/ 33، والجامع لأحكام القرآن: 2/ 78.

(5) أحكام القرآن: 3/ 1390، والجامع لأحكام القرآن: 18/ 266، إكمال الإكمال: 2/ 229.

أ ـ قوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرۡفَعَ وَيُذۡكَرَ فِيهَا ٱسۡمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلۡغُدُوِّ وَٱلۡأٓصَالِ ﴿٣٦﴾﴾ [النور: 36]. ووجه الاستدلال أنّه تعالى أمر برفع المساجد، ومن معاني الرفع بناؤها. ومعنى الإذن الأمر، وهو للوجوب.

ب ـ فعل النبي ﷺ، فقد بنى مسجداً عند قدومه المدينة.

ج ـ أنّ إقامة الجمعة واجب، وشرطها أن تكون في المسجد؛ وما لا يتمّ الواجب إلّا به فهو واجب.

د ـ أنّ صلاة الجماعة سنّة مؤكدة، وشرط سنّيتها المسجد.

هـ ـ أنّ إقامة الشعائر والسنن الظاهرة، كالجمعة والجماعة والأذان واتخاذ المساجد لإقامتها، واجب على أهل المصر يقاتلون عليها.

وقد جاءت الأحاديث الكثيرة للحث على بناء المساجد.

والمخاطب ببناء المساجد الإمام، وعليه يدلّ فعل النبي ﷺ عند قدومه المدينة. فإن لم يفعل الإمام ذلك فعلى جماعة المسلمين يقع الوجوب. وعلى الإمام أيضاً اتخاذ أئمة للصلاة وإجراء الأرزاق عليهم، فإن لم يفعل فعلى جماعة المسلمين.

والأصل فيما يأتي من أحكام المساجد ما يلي[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرۡفَعَ وَيُذۡكَرَ فِيهَا ٱسۡمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلۡغُدُوِّ وَٱلۡأٓصَالِ ﴿٣٦﴾﴾ [النور: 36]. ووجه الاستدلال أنّه تعالى أمر برفع المساجد، ورفعها فيه معان هي:

* بناؤها وإعلاؤها. فعن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: إني سمعت النبي ﷺ يقول: «من بنى مسجداً يبتغي به وجه الله بنى الله له مثله في الجنة»[2].

* تطهيرها من الأنجاس والأقذار. فعن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «من أخرج أذى من المسجد بنى الله له بيتاً في الجنة»[3]. وحديث أنس الآتي ذكره.

* تعظيمها وإجلالها عمّا لا يليق بها. لما يأتي من حديث أنس وواثلة.

كما أنّه تعالى خصّ رفعها لذكره.

ب ـ قوله تعالى: ﴿وَمَنۡ أَظۡلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذۡكَرَ فِيهَا ٱسۡمُهُۥ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَآۚ أُوْلَٰٓئِكَ مَا كَانَ لَهُمۡ أَن يَدۡخُلُوهَآ إِلَّا خَآئِفِينَۚ لَهُمۡ فِي ٱلدُّنۡيَا خِزۡيٞ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ

---

(1) الذخيرة: 6/ 189.

(2) أخرجه البخاري في الصلاة، باب من بنى مسجداً؛ ومسلم في الزهد والرقائق، باب فضل بناء المساجد.

(3) أخرجه ابن ماجه في المساجد والجماعات، باب تطهير المساجد وتطييبها.

عَظِيمٌ ﴿١١٤﴾﴾ [البقرة: 114]. والآية وعيد لكل من منع مساجد الله تعالى وسعى في خرابها، ووصف لمن يفعل ذلك بأن لا أحد أظلم منه، ولا أكثر اعتداء. وقد نزلت في مشركي العرب، وقيل: في ملوك من أشور والروم قاموا في أزمان متفرقة قبل ميلاد المسيح بتخريب بيت المقدس وسبي اليهود.

ومن أوجه الاستدلال بالآية أنّها عامة في جميع المساجد ـ لدلالة الجمع المضاف إلى الله تعالى على ذلك. فيشمل الوعيد كلّ مخرب لمسجد من المساجد أو مانع من إقامة العبادة فيه، بتعطيله أو منع المتأهّل لها منها. لكن يدخل المشركون بمنعهم المسجد الحرام دخولاً أولياً، على حكم ورود العام على سبب خاص. وبحمل الآية على العموم يكون معنى قوله: ﴿مَا كَانَ لَهُمْ أَن يَدْخُلُوهَآ إِلَّا خَآئِفِينَ﴾ أي: منعوا مساجد الله في حال أنّهم كان ينبغي لهم أن يدخلوها خاشعين من الله، فيفسر الخوف بالخشوع لله تعالى، فلذلك كانوا ظالمين بوضع الجبروت في موضع الخضوع[1].

والخراب يحمل على معنييه الحسّي بهدمها، والمعنوي بتعطيلها ومنع المسلمين من إظهار شعائرهم، وتعليم أحكام شريعتهم، وتأليف كلمتهم[2].

وإضافة المساجد إلى الله تعالى يقتضي أنّها لجميع المسلمين عامّة، الذين يعظّمون الله تعالى، وذلك حكمها بإجماع الأمّة[3].

ج ـ عن أنس بن مالك قال: كان رسول الله ﷺ جالساً في المسجد وأصحابه معه، إذ جاء أعرابي فبال في المسجد، فقال أصحابه: مه، مه، فقال رسول الله ﷺ: «لا تزرموه، دعوه». ثم دعاه فقال له: «إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من القذر والبول والخلاء» أو كما قال رسول الله ﷺ: «إنما هي لقراءة القرآن، وذكر الله، والصلاة»[4]. ولفظ «إنما» يفيد الحصر، فدلّ على أنّ ما عدا ذلك إمّا محرم أو مكروه[5].

د ـ عن واثلة بن الأسقع أن النبي ﷺ قال: «جنبوا مساجدكم صبيانكم، ومجانينكم، وشراءكم، وبيعكم، وخصوماتكم، ورفع أصواتكم، وإقامة حدودكم، وسل سيوفكم؛ واتخذوا على أبوابها المطاهر، وجمروها في الجمع»[6]. والحديث وإن كان ضعيفاً، إلّا أنّ معانيه صحيحة تقتضيها أصول هذا الباب[7].

(1) التحرير والتنوير: 1/ 680.
(2) أحكام القرآن: 1/ 33، والجامع لأحكام القرآن: 2/ 77.
(3) أحكام القرآن: 1/ 33.
(4) أخرجه مسلم في الطهارة، باب وجوب غسل البول.
(5) إكمال الإكمال: 2/ 263، والجامع لأحكام القرآن: 12/ 269.
(6) أخرجه ابن ماجه في المساجد والجماعات، باب ما يكره في المساجد. وهو ضعيف.
(7) الجامع لأحكام القرآن: 12/ 270.

هـ ـ أنّ المسجد مكان لإقامة الصلاة، وقد أمر المسلم بأن يأتيها وعليه السكينة والوقار في طريقه إليها؛ فبأن يلتزم ذلك في موضع إقامتها أولى[1].

ما يجوز في المسجد:

1 ـ يجوز كراء أرض لتتخذ مسجداً مدّة محدّدة. فإذا انقضت المدّة فإنّ نقضه يكون لبانيه، يصنع به ما يشاء، لتقييده الوقف بتلك المدّة، ووجه الجواز أن الوقف لا يشترط فيه التأبيد كما يأتي[2].

وأمّا بناء مسجد للكراء، على أنْ يأخذ صاحبه الكراء ممّن يصلّي فيه، فالمشهور أنّه غير جائز؛ لأنّه حبس لا يباع ولا يكرى. وعن القاضي عياض أنّه مكروه، وعلّل الكراهة بأنّه ليس من مكارم الأخلاق[3]. وكذلك لا يجوز لو بناه لله تعالى، ثمّ قصد أخذ الكراء ممّن يصلّي فيه، لأنّه خرج عنه لله تعالى أي: كان حبساً لا حكم له ولا لأحد فيه؛ والحبس لا يباع ولا يكرى[4].

2 ـ يجوز للرجل أن يسكن في المسجد إذا تجرّد للعبادة من صلاة، وقراءة قرآن، وذكر، وتعلّم علم، وتعليمه، وإلّا حرم؛ لأنّ السكنى في المسجد على غير وجه التجريد للعبادة تغيير له عمّا حبس له. وعلى ولي الأمر هدم المقاصير التي اتخذت في بعض الجوامع للسكنى، ما لم يكن الباني لها هو الواقف. ودليل جواز السكنى بشرط التجرّد للعبادة: إسكان النبي ﷺ أهل الصفّة بالمسجد، فقد كانوا ناساً فقراء لا منازل لهم، وكانوا متجردين للعبادة، فكانوا ينامون في المسجد ويقيمون فيه[5].

3 ـ وأما المرأة فيحرم عليها السكنى فيه ولو تجردت العبادة، لأنها قد تحيض، وقد يلتذ بها أحد من أهل المسجد فتنقلب العبادة معصية. وهذا التعليل الذي عللت به الحرمة تعليل بالمظنّة. وقد يقال بكراهة سكناها حيث تجردت للعبادة.

4 ـ يجوز عقد نكاح بحيث يتم فيه مجرد الإيجاب والقبول من غير ذكر شروط ولا رفع صوت أو تكثير كلام، وإلا كره. ودليل الجواز: عن سهل بن سعد الساعدي، أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت نفسي لك. فقامت قياماً طويلاً. فقام رجل فقال: يا رسول الله، زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة. فقال رسول الله ﷺ: «هل عندك من شيء تصدقها إياه؟» فقال: ما عندي إلا إزاري هذا.

---

(1) المنتقى: 1/ 312.

(2) شرح الخرشي على المختصر: 7/ 232، الشرح الكبير: 4/ 11.

(3) المختصر الفقهي: م4/ و12و.

(4) الذخيرة: 5/ 404، المختصر الفقهي: م4/ و12و، الشرح الكبير وحاشيته: 4/ 19، منح الجليل: 7/ 490.

(5) الذخيرة: 13/ 347.

فقال رسول الله ﷺ: «إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئاً» فقال: ما أجد شيئاً. قال: «التمس ولو خاتماً من حديد»، فالتمس فلم يجد شيئاً، فقال له رسول الله ﷺ: «هل معك من القرآن شيء؟» فقال: نعم، معي سورة كذا، وسورة كذا، لسور سماها. فقال له رسول الله ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن»[1].

ووجه الاستدلال أنّ النبي صلّى الله عليه وسلم عقد على الرجل والمرأة وهو في المسجد، كما جاء في روايات أخر أنّ المرأة دخلت على النبي ﷺ وهو في مجلسه مع أصحابه في المسجد.

وقد استحب بعضهم عقد النكاح فيه ـ كما تقدم ـ للبركة ولأجل شهرة النكاح.

5 ـ يجوز قضاء دين يسير، يخف معه الوزن والعدد، وإلّا كره. ودليل الجواز:

أ ـ عن جابر بن عبد الله ﷺ قال: أتيت النبي ﷺ وهو في المسجد فقال: «صل ركعتين»، وكان لي عليه دين فقضاني وزادني[2].

ب ـ عن كعب بن مالك أنّه تقاضى ـ أي: طالب ـ ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه، في عهد النبي ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما، حتى سمعها النبي ﷺ وهو في بيته. فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتّى كشف عن سجف[3] حجرته، ونادى كعب بن مالك: «يا كعب» فقال: لبيك يا رسول الله. فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك. قال كعب: قد فعلت يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ: «قم فاقضه»[4].

والحديثان يدلّانّ على جواز طلب الحقوق والخصومة والحكم وقضاء الدين في المسجد، ما لم يتفاحش، فإن تفاحش كان ذلك ممنوعاً للنهي الوارد عن النبي ﷺ عن رفع الأصوات في المساجد[5].

6 ـ يجوز التصدّق والهبة في المسجد؛ لأنهما مرغب فيهما[6].

7 ـ يجوز قتل عقرب أو فأر أو حيّة فيه، وإن لم تقصده.

8 ـ يجوز النوم فيه في القائلة نهاراً ولو كان المسجد في الحاضرة، والدليل: عن

---

(1) أخرجه مالك في النكاج، باب ما جاء في الصداق والحباء؛ والبخاري في النكاح، باب تزويج المعسر؛ ومسلم في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن.

(2) أخرجه البخاري في الاستقراض وأداء الديون، باب حسن القضاء؛ ومسلم في صلاة المسافرين، باب استحباب تحية المسجد.

(3) السجف: الستر.

(4) أخرجه في الصلاة، باب التقاضي والملازمة في المسجد؛ ومسلم في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.

(5) المفهم: 5/ 2778، وإكمال الإكمال: 5/ 427.

(6) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 7/ 69.

سهل بن سعد قال: جاء رسول الله ﷺ بيت فاطمة فلم يجد علياً في البيت، فقال: «أين ابن عمك؟» قالت: كان بيني وبينه شيء، فغاضبني، فخرج، فلم يقل عندي. فقال رسول الله ﷺ لإنسان: «انظر أين هو» فجاء فقال: يا رسول الله هو في المسجد راقد. فجاء رسول الله ﷺ، وهو مضطجع قد سقط رداؤه عن شقه وأصابه تراب، فجعل رسول الله ﷺ يمسحه عنه، ويقول: «قم أبا تراب، قم أبا تراب»(1). ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ علياً على نومه في القائلة في المسجد؛ فدل ذلك على الجواز(2).

وكذا يجوز النوم فيه في الليل لمن لا منزل له، أو لمن عسر عليه الوصول إلى منزله. والدليل على الجواز:

أ ـ ما تقدم عن أهل الصفة.

ب ـ عن عبد الله بن عمر أنه كان ينام وهو شاب أعزب لا أهل له في مسجد النبي ﷺ(3).

ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ عبد الله على نومه الليل في المسجد؛ فدل ذلك على جواز ذلك لمن كان مثله لا منزل ولا أهل له، أو كان في حال ضرورة يشق عليه الوصول لمنزله(4).

كما يجوز الاستلقاء في المسجد، والدليل: عن عباد بن تميم عن عمه، أنه رأى رسول الله ﷺ مستلقياً في المسجد، واضعاً إحدى رجليه على الأخرى. وعن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال: كان عمر وعثمان يفعلان ذلك(5).

9 ـ يجوز تضييف ضيف بمسجد البادية أو مسجد القرية الصغيرة، وإطعامه فيه الطعام الجافّ كالتمر. ووجه الجواز أنّ ذلك كان يقع في عهد النبي ﷺ في مسجده لمن يأتي يريد الإسلام(6). ويحرم الطعام المقذّر كالبطيخ وما كان مطبوخاً إلّا إذا وضع تحت الإناء سفرة، فيكره. وأمّا التضييف في مسجد الحاضرة فيكره ولو كان الطعام جافاً.

---

(1) أخرجه البخاري في الصلاة، باب نوم الرجال في المسجد؛ ومسلم في فضائل الصحابة، باب من فضائل علي بن أبي طالب.

(2) إكمال الإكمال: 6/ 227.

(3) أخرجه البخاري في الإيمان، باب نوم الرجل في المسجد؛ ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل عبد الله بن عمر.

(4) إكمال الإكمال: 6/ 312.

(5) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب جامع الصلاة؛ والبخاري في الصلاة، باب الاستلقاء في المسجد ومدّ الرجل؛ ومسلم في اللباس والزينة، باب إباحة الاستلقاء.

(6) البيان والتحصيل: 1/ 104، والذخيرة: 6/ 188.

10 - يجوز لمن بات بالمسجد إعداد إناء واتخاذه للبول والغائط، إن خاف بالخروج منه سبعاً أو لصّاً، ثم يخرجه بعد الأمن، إذ لا يجوز المكث بالنجاسة فيه. وهذا مستثنى من قاعدة حرمة المكث في المسجد بالنجاسة؛ فالخوف على النفس والمال مقدم في هذه الحالة.

11 - يجوز السكنى بمنزل تحت مسجد.

12 - يجوز تشبيك الأصابع في المسجد، فعن أبي هريرة قال: صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشي قال ابن سيرين: سماها أبو هريرة ولكن نسيت أنا، قال: فصلى بنا ركعتين ثم سلم؛ فقام إلى خشبة معروضة في المسجد فاتكأ عليها كأنه غضبان، ووضع يده اليمنى على اليسرى، وشبك بين أصابعه، ووضع خده الأيمن على ظهر كفه اليسرى، وخرجت السرعان... الحديث[1].

13 - يجوز إنشاد الشعر في المسجد، والدليل: عن أبي هريرة أن عمر مرّ بحسان وهو ينشد الشعر في المسجد، فلحظ إليه، فقال: قد كنت أنشد وفيه من هو خير منك. ثم التفت إلى أبي هريرة فقال: أنشدك الله أسمعت رسول الله ﷺ يقول: «أجب عني اللهمّ أيده بروح القدس» قال: اللهمّ نعم[2]. فلم يراجعه عمر ﷺ.

ومحلّ الجواز إن كان الشعر يتضمن معاني ما في شعر حسان، من ثناء على الله تعالى، ومدح للرسول ﷺ والذب عنه، وهجاء لأعداء الإسلام، والتحريض على قتالهم، وبيان فضائل الإسلام، وحثّ على فعل الخير، والتحلّي بالأخلاق الحميدة. وما لم يكن كذلك فلا يجوز؛ لأنّ الشعر في الغالب لا يخلو عن الفواحش والكذب وتزيين الباطل. ولو سلم من ذلك فأقل ما فيه اللغو والهذر، والمساجد تنزه عن ذلك[3].

وأمّا ما رواه مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب ﷺ بنى رحبة في ناحية المسجد تسمى البطيحاء وقال: من كان يريد أن يلغط أو ينشد شعراً أو يرفع صوته فليخرج إلى هذه الرحبة[4]. فإنّه محمول على أنّ عمر بن الخطاب ﷺ لما رأى كثرة جلوس الناس في المسجد وتحدثهم فيه، وربّما أخرجهم ذلك إلى اللغط وارتفاع الأصوات؛ بنى هذه البطيحاء إلى جانب المسجد وجعلها لذلك، ليتخلّص المسجد لذكر الله تعالى وما يحسن من القول، وينزه عن اللغط وإنشاد الشعر ورفع الصوت فيه[5]. وقد كان ابن

---

(1) أخرجه البخاري في الصلاة، باب تشبيك الأصابع في المسجد وغيره؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة.

(2) أخرجه مسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل حسان بن ثابت ﷺ.

(3) إكمال الإكمال: 6/ 317، والجامع لأحكام القرآن: 12/ 271.

(4) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب جامع الصلاة.

(5) المنتقى: 1/ 312.

البراء إمام جامع الزيتونة يروي الأشعار الستة والمقامات ـ لفوائدها في علم العربية ـ في الدويرة بجانب الجامع؛ لأنّها ليس لها حكم الجامع، وكان لا يرويها بالجامع لما تضمنته من اللغو والأكاذيب[1].

14 ـ يجوز تعليم العلم، إلحاقاً له بالذكر. قال مطرف: «لا أعلم مجالس الذكر إلّا مجالس الحلال والحرام؛ كيف تبيع، كيف تشتري، كيف تنكح» وأجاز الشيخ ابن عرفة قراءة المنطق به، وكذلك الحساب، وقراءة النحو، وإعراب الأشعار، بخلاف قراءة المقامات[2].

ما يحرم في المسجد:

1 ـ يحرم سكنى منزل فوق مسجد؛ لأنه يؤدي إلى أن يجامع فيه زوجته ويتبول ويتغوط فيه، وفي ذلك إذلال للمسجد، ولا خلاف أن لظهر المسجد من الحرمة ما للمسجد[3].

2 ـ يحرم تعمّد إخراج الريح في المسجد، وإن لم يكن به أحد، لوجوب احترامه وتعظيمه، وإخراج الريح فيه ينافي ذلك، والممنوع هو تعمد ذلك. وأما خروجه غلبة فلا شيء فيه. وقول ابن العربي بالجواز ولو اختياراً ضعيف.

3 ـ يحرم المكث أو المرور بنجاسة أو بمتنجّس غير معفو عنه في المسجد، ولو ستر بساتر طاهر، وهو الراجح. وأما لو أزيل عين النجاسة وبقي حكمها فلا يمنع المكث به في المسجد.

وأما النعلان إذا كان فيهما نجاسة فلا يدخلهما المصلّي المسجد حتى يحكّهما، ولا يطلب بغسلهما لأنه يفسدهما. وعليه وضعهما في شيء يسترهما وذلك للضرورة.

4 ـ يحرم البيع والشراء بالمسجد، إن كان بسمسرة ومناداة على السلعة وتقليب المشتري لها والنظر فيها وإعطاء ما يريد فيها. ودليل التحريم[4]:

أ ـ عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ: «قال إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا: لا أربح الله تجارتك؛ وإذا رأيتم من ينشد فيه ضالة فقولوا: لا رد الله عليك»[5].

ب ـ عن مالك أنه بلغه أن عطاء بن يسار كان إذا مر عليه بعض من يبيع في المسجد دعاه، فسأله ما معك؟ وما تريد؟ فإن أخبره أنه يريد أن يبيعه قال: عليك بسوق الدنيا وإنما هذا سوق الآخرة[6].

---

(1) إكمال الإكمال: 2/ 262.
(2) إكمال الإكمال: 2/ 67.
(3) الذخيرة: 13/ 345.
(4) منح الجليل: 8/ 90.
(5) أخرجه الترمذي في البيوع، باب النهي عن البيع في المسجد، وقال: حسن غريب.
(6) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب جامع الصلاة.

كما يحرم عمل الصنائع بالمسجد، كالخياطة ونحوها يتكسب بذلك[1].

5 ـ يحرم إدخال الكافر المسجد، وإن أذن له المسلم، والدليل[2]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: 28]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامة في كلّ مشرك وفي كلّ مسجد. وقد وصف الله تعالى المشرك بالنجاسة، وهي نجاسة معنوية، علل بها منع دخول المشرك المسجد الحرام، وهي موجودة في كلّ مشرك، ويجب تنزيه جميع المساجد عنها؛ لأنّ الحرمة موجودة في كلّ مسجد.

ب ـ قوله تعالى: ﴿فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلْغُدُوِّ وَٱلْءَاصَالِ ﴿٣٦﴾﴾ [النور: 36]. ورفعها تعظيمها وإجلالها عمّا لا يليق بها. ودخول الكافر إليها مناقض لترفيعها.

ج ـ قوله ﷺ للأعرابي: «إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من القذر والبول والخلاء»، والكافر لا يخلو عن ذلك.

د ـ القياس على الجنب بطريق الأولى.

أمّا الحديث المروي عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله ﷺ خيلاً قبل نجد، فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له: ثمامة بن أثال، فربطوه بسارية من سواري المسجد[3]. فله أوجه من التأويل، منها:

أ ـ أنّه كان متقدماً على نزول الآية، فيكون منسوخاً.

ب ـ أنّ النبي ﷺ كان قد علم بإسلامه فلذلك ربطه، لينظر حسن صلاة المسلمين واجتماعهم عليها، وحسن آدابهم، ويستمع للقرآن، فيستأنس بذلك ويسلم، وكذلك كان.

ج ـ أنّه لم يكن للمسلمين موضع يربطونه فيه إلا المسجد.

د ـ أنّ ذلك قضية عين، فلا ينبغي أن تدفع بها الأدلّة المانعة من دخول الكافر المسجد.

6 ـ يحرم الوضوء بصحن المسجد، وعليه حمل ابن رشد الجد كلام سحنون بعدم الجواز. والدليل: أنّ ذلك مما يقتضيه الأمر برفع المساجد، أي: تنزيهها عن كل ما يلوثها، وبالوضوء يسقط فيه ما في أعضاء المتوضئ من أوساخ والتمضمض والاستنشاق،

---

(1) إكمال الإكمال: 2/ 263.

(2) أحكام القرآن: 2/ 913، والجامع لأحكام القرآن: 8/ 104، الذخيرة: 1/ 315.

(3) أخرجه البخاري في الصلاة، باب دخول المشرك المسجد؛ ومسلم في الجهاد والسير، باب ربط الأسير وحبسه.

وقد يحتاج للصلاة في ذلك الموضع، فيتأذّى المصلّي بالماء المهراق فيه[1].

7 ـ يحرم الدخول للمسجد بريح الثوم والبصل، في الجمعة وفي غير الجمعة[2]، والدليل: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أكل من هذه الشجرة فلا يقرب مساجدنا، يؤذينا بريح الثوم»[3]. وعن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «من أكل من هذه البقلة ـ الثوم ـ»، وقال مرة: «من أكل البصل والثوم والكراث، فلا يقربن مسجدنا، فإنّ الملائكة تتأذى مما يتأذى منه بنو آدم»[4].

والحديث يقتضي تحريم أكل الثوم يوم الجمعة؛ لأنّ السعي إليها واجب؛ كما يقتضي تحريم أكله إذا أراد المكلف الذهاب لصلاة الجماعة، وذلك إذا لم يوجد ما يزيل به رائحته. وقد فهم من أحاديث المنع من دخول المسجد برائحة الثوم ونحوه أنّ المنع معلّل بما يلي[5]:

أنّ في ذلك إذاية للناس برائحته، بقوله: «يؤذينا بريح الثوم». وهذا التعليل يقتضي تحريم أكله في كل مكان يتأذّى الغير برائحته.

أنّ فيه إذاية للملائكة، بقوله: «فإنّ الملائكة تتأذى».

تنزيه المساجد عن الروائح الكريهه لحرمتها، بقوله: «مساجدنا». وهذا التعليل يقتضي عدم المنع من دخول غير المساجد برائحة الثوم؛ لأنّ المساجد لها حرمة وغيرها لا حرمة لها.

قال ابن العربي: فيكون للحكم علل كثيرة، وبه قال المحققون من أهل الأصول[6].

والتعليل الثاني والثالث يقتضي المنع من دخول المسجد حتى ولو لم يكن فيه أحد[7].

والمنع عام في جميع المساجد وليس خاصاً بمسجده ﷺ، بدليل رواية «مساجدنا» بصيغة الجمع التي تفيد العموم[8].

---

(1) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 7/ 70، ومنح الجليل: 8/ 89.

(2) الشرح الكبير مع حاشيته: 1/ 390، وأقرب المسالك: 1/ 184، ومنح الجليل: 1/ 452.

(3) أخرجه مالك في وقوت الصلاة، باب النهي عن دخول المسجد بريح الثوم؛ والبخاري في الأذان، باب ما جاء في الثوم النيء والبصل والكراث؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(4) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(5) المنتقى: 1/ 32، والقبس: 1/ 112.

(6) عارضة الأحوذي: 7/ 314.

(7) المنتقى: 1/ 33.

(8) المنتقى: 1/ 32، والجامع لأحكام القرآن: 12/ 268.

وأمّا إذا لم يرد المكلف الذهاب لصلاة الجماعة، فاختلف في المذهب، هل يجوز أكله، أو يكره، أو يحرم. والمعتمد أنّه يكره إذا لم يتأذّ به أحد، وقيل بالجواز. ودليل عدم الحرمة: عن أبي سعيد قال: لم نعد أن فتحت خيبر فوقعنا أصحاب رسول الله ﷺ في تلك البقلة الثوم، والناس جياع، فأكلنا منها أكلاً شديداً، ثم رحنا إلى المسجد، فوجد رسول الله ﷺ الريح، فقال: «من أكل من هذه الشجرة الخبيثة شيئاً فلا يقربنا في المسجد» فقال الناس: حرّمت حرّمت. فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: «أيها الناس، إنه ليس بي تحريم ما أحلّ الله لي، ولكنها شجرة أكره ريحها»[1]. ووصف الثوم بالشجرة الخبيثة بمعنى التقزز والعيافة، لا بمعنى التحريم[2].

ووجه الكراهة إذا لم يتأذّ به أحد أنّ له رائحة كريهة؛ ولذلك أمر من أكله بلزوم بيته، فعن جابر بن عبد الله قال: إن رسول الله ﷺ قال: «من أكل ثوماً أو بصلاً فليعتزلنا، أو ليعتزل مسجدنا، وليقعد في بيته»[3].

ووجه القول بالجواز ظاهر الحديث.

فإن تأذّى به أحد فإنّه يحرم. وهذا بناء على التعليل بإذاية الناس. قال ابن العربي عند شرح قوله ﷺ: «يؤذينا بريح الثوم»، ولذلك قلنا: إنّه لا يدخل آكل الثوم مجالس العلم، ولا مشاهد الرأي والمشورة في الحرب، نعم ولا الأسواق المختلطة التي لا يمكن أحد أن ينفصل من موضعه إلا بتبديد تجارته[4]. وخالفه غيره في الأسواق للفرق بينها وبين المساجد، إذ الأسواق ليس لها حرمة المساجد، ولا هي محلّ الملائكة، ولأنّه إذا تأذى أحد بذلك في السوق تنحّى إلى مكان غيره، ولا يمكنه ذلك في المسجد؛ لأنّه ينتظر الصلاة ولو خرج فاتته[5].

واختلف في المذهب هل امتناعه ﷺ من أكله تنزهاً أو لأنّه محرّماً عليه، ولو لم يؤذ أحداً[6]؟ واستظهر الأبّي القول الأول؛ لأنّه ﷺ علل امتناعه بأنّه يكره ريحه وأنّه يناجي، فعن جابر بن عبد الله قال: إن رسول الله ﷺ قال: «من أكل ثوماً أو بصلاً فليعتزلنا، أو ليعتزل مسجدنا، وليقعد في بيته» وإنه أتي ببدر فيه خضرات من البقول فوجد لها ريحاً، فسأل فأخبر بما فيها من البقول، فقال قربوها إلى بعض أصحابه كان معه، فلما رآه كره أكلها، قال: «كل فإني أناجي من لا تناجي»[7]، إشارة إلى أنّ

---

(1) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(2) عارضة الأحوذي: 7/ 314.

(3) أخرجه البخاري في الأذان، باب ما جاء في الثوم؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(4) القبس: 1/ 114.

(5) المنتقى: 1/ 33، وإكمال الإكمال: 2/ 255. (6) إكمال الإكمال: 2/ 157.

(7) أخرجه البخاري في الأذان، باب ما جاء في الثوم؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب =

الملك يأتيه من غير وعد، فربما وجده وعليه ريح الثوم، زيادة مع أنّه ﷺ نفسه يكره ريح الثوم، كما قال في الحديث؛ فالامتناع عن أكلها ولو في خلوته أمر خاص به[1].

وأمّا إذا طبخ حتى ذهب ريحه، ارتفعت الحرمة والكراهة في محلّهما، والدليل[2]:

أ ـ عن معدان بن أبي طلحة أن عمر بن الخطاب خطب يوم الجمعة فقال: أيها الناس تأكلون شجرتين لا أراهما إلا خبيثتين، هذا البصل والثوم، لقد رأيت رسول الله ﷺ إذا وجد ريحهما من الرجل في المسجد أمر به فأخرج إلى البقيع؛ فمن أكلهما فليمتهما طبخاً[3].

ب ـ القياس على سائر الطعام؛ لأنّ رائحته تذهب بالإنضاج فيصير بمنزلة سائر الطعام.

ويلحق بالثوم ـ في حكم دخول المساجد ـ كلّ ما فيه روائح كريهة تؤذي المصلين في المسجد، كالبصل والكراث والفجل، كما دل عليه حديث جابر المتقدم[4]. وألحق أهل المذهب أصحاب الصنائع المنتنة كالحواتين والجزارين والدباغين. وألحق ابن عرفة من كان كثير الصنان والبرص الذي يتأذّى برائحته[5].

8 ـ يحرم منع المرأة من الذهاب إلى المساجد للصلاة[6]. وقد تقدم ذلك في باب صلاة الجماعة.

9 ـ يحرم نقض المسجد وبيعه وتعطيله، ولو خربت البلدة ولم يبق فيها ساكن[7].

10 ـ يحرم منع بناء المساجد، إلّا إذا قصد بذلك الشقاق والخلاف، بأن يبنى مسجد إلى جنب مسجد أو قربه بقصد تفريق أهل المسجد الأول وخرابه واختلاف كلمة المسلمين؛ فإنّه يحرم ويمنع من بنيان المسجد الثاني وينقض. ولأجل هذا المعنى لا يجوز أن يكون في المصر جامعان للجمعة إلا لضرورة، ولا لمسجد واحد إمامان، ولا يصلّى في مسجد جماعتان[8]. والدليل: قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًۢا بَيْنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِّمَنْ حَارَبَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [التوبة: 107]. وقد هدم

= نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(1) عارضة الأحوذي: 7/ 314.

(2) المنتقى: 1/ 33، وإكمال الإكمال: 2/ 257.

(3) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً.

(4) المنتقى: 1/ 33.

(5) الجامع لأحكام القرآن: 12/ 267، إكمال الإكمال: 2/ 255.

(6) الجامع لأحكام القرآن: 2/ 77.

(7) الجامع لأحكام القرآن: 2/ 78.

(8) الجامع لأحكام القرآن: 2/ 78.

النبي ﷺ المسجد الذي اتخذه المنافقون، لما لهم في بنائه من المقاصد السيئة التي ذكرتها الآية، وهي أن يكون ضراراً لمسجد قباء، وكفراً بحرمته، وسبباً لتفريق بين المؤمنين، ومكاناً يجتمع فيه أعداء الإسلام لانتظار فرصة الانقضاض على المسلمين. ويكفي قصد التفريق بين جماعة المسلمين ليحكم على كلّ بناء اتخذ مسجداً لهذا القصد أن تسلب عنه وصف المسجدية وتبطل فيه الصلاة ويهدم، كما هدم النبي ﷺ مسجد الضرار.

ويستثنى من منع بناء مسجد بقرب مسجد إذا كانت البلدة كبيرة ولا يكفي أهلها مسجد واحد فيبنى حينئذ[1].

ما يكره في المسجد:

1 ـ يكره أن يبصق أو أن يمخط بأرض المسجد أو بحائطه. ومن فعل ذلك فيكره له أن يحكّه، وعليه أن يمسحه بخرقة. وكراهة البصاق أو المخاط بأرض المسجد إنما هي في الصور التالية:

* أن يكون فوق الفرش، سواء كان المسجد مبلطاً أو محصّباً أو مترّباً.
* أن يكون تحت الفرش، إن كان المسجد مبلّطاً.
* أن يكون على البلاط، إن كان المسجد مبلّطاً وبدون فرش.

والكراهة مقيدة في هذه الصور بما إذا قل وإلا حرّم. ودليل التحريم: عن أنس ﷺ، أنّ رسول الله ﷺ قال: «البزاق في المسجد خطيئة، وكفّارتها دفنها»[2]. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ وصف البزاق خطيئة إذا لم يدفن؛ لأنّه يقذّر المسجد، ويتأذّى به من يعلق به أو يراه.

وأما إذا كان البصاق أو المخاط على الأرض ـ بدون فرش ـ وكان المسجد مترباً أو محصباً فهو جائز. ودليل الجواز إذا كان المسجد مترباً أو محصباً: عن أنس ﷺ، أنّ رسول الله ﷺ قال: «البزاق في المسجد خطيئة، وكفّارتها دفنها»[3]. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ جعل البصاق خطيئة إذا لم يدفنه صاحبه؛ لأنّه يقذّر المسجد ويتأذّى به من تعلق بثيابه أو يراه؛ وأمّا إذا دفنه فلا تكون خطيئة. وإنّما جعل الدفن كفارة على تقدير أنّ عدم الدفن تثبت الخطيئة، فلمّا أسقط ما يقذّر سمّي كفارة. وهذا

---

(1) الجامع لأحكام القرآن: 8/ 254، والتحرير والتنوير: 11/ 30.

(2) أخرجه البخاري في الصلاة، باب كفارة البزاق في المسجد؛ ومسلم في الصلاة، باب النهي عن البزاق في القبلة.

(3) أخرجه البخاري في الصلاة، باب كفارة البزاق في المسجد؛ ومسلم في الصلاة، باب النهي عن البزاق في القبلة.

مثل تسمية تحلّة اليمين كفارة، مع أنّ اليمين ليست إثما يكفّر، ولكن لمّا جعلها الله تعالى فسحة لعباده ورافعة لحكم اليمين، سمّاها كفارة، ولذا جاز إخراجها قبل الحنث. ويؤيّد هذا أنّ النبي ﷺ أذن للمصلّي في البصاق جهة يساره أو تحت قدمه اليسرى في المسجد، والدليل[1]:

أ ـ عن أبي هريرة وأبي سعيد، أن رسول الله ﷺ رأى نخامة في جدار المسجد، فتناول حصاة فحكها، فقال: «إذا تنخّم أحدكم فلا يتنخّمن قبل وجهه، ولا عن يمينه، وليبصق عن يساره أو تحت قدمه اليسرى»[2].

ب ـ عن أبي ذر رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «عرضت عليّ أعمال أمتي حسنها وسيئها، فوجدت في محاسن أعمالها الأذى يماط عن الطريق، ووجدت في مساوئ أعمالها النخاعة تكون في المسجد لا تدفن»[3]. ووجه الاستدلال أنه لم يثبت للنخاعة حكم السيّئة لمجرّد إيقاعها في المسجد، بل به وبعدم دفنها.

ج ـ عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تنخم أحدكم في المسجد فليغيب نخامته أن تصيب جلد مؤمن أو ثوبه فتؤذيه»[4].

وهذا من باب الجمع بين الأدلّة؛ وذلك أن حديث: «البزاق في المسجد خطيئة» عام، وأحاديث الإذن في ذلك عامة؛ وطريقة الجمع بأن تحمل أحاديث الإذن على عمومها، وأن يخصص حديث التخطئة بمن لم يدفنها.

على أنّ النبي ﷺ خيّر المصلّي بين البزاق في الأرض مع الدفن وبين البزاق في طرف ثوبه، فعن أنس بن مالك رضي الله عنه، أن النبي ﷺ رأى نخامة في القبلة، فشق ذلك عليه حتى رئي في وجهه، فقام فحكه بيده فقال: «إنّ أحدكم إذا قام في صلاته فإنه يناجي ربه، أو إن ربه بينه وبين القبلة، فلا يبزقن أحدكم قبل قبلته، ولكن عن يساره أو تحت قدميه»، ثم أخذ طرف ردائه فبصق فيه ثم رد بعضه على بعض فقال: «أو يفعل هكذا»[5].

2 ـ يكره تعليم الصبيان في المسجد القرآن أو غيره، ولو كانوا لا يعبثون لعدم

---

(1) المنتقى: 1/ 338، وإكمال الإكمال: 2/ 250.

(2) أخرجه البخاري في الصلاة، باب حك المخاط بالحصى في المسجد؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن البصاق في المسجد.

(3) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن البصاق في المسجد وفي الصلاة وغيرها.

(4) أخرجه أحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة.

(5) أخرجه البخاري في الصلاة، باب حك البصاق باليد في المسجد؛ ومسلم في المساجد، باب النهي عن البصاق في المسجد.

تحفظهم من النجاسة. كما يكره تعليمهم به إن كان بأجرة؛ لأنّه من باب البيع[1].

3 ـ يكره البيع والشراء في المسجد بغير سمسرة. ويحرم إن كان بسمسرة ومناداة على السلعة وتقليب المشتري لها والنظر فيها وإعطاء ما يريد فيها.

ومحل الكراهة المذكورة إذا أظهر البائع السلعة فيه معرضاً لها للبيع. وأما مجرد العقد، أي: الإيجاب والقبول، فلا يكره. ولا يفسخ البيع الواقع في المسجد في الكراهة والحرمة[2].

4 ـ يكره سلّ سيف بالمسجد، إذا كان لغير إخافة، وإلا حرم. ذكر الشيخ الدسوقي أن ذلك ردّة. وعن جابر بن عبد الله قال: مر رجل في المسجد ومعه سهام، فقال له رسول الله ﷺ: «أمسك بنصالها»[3]. وعن أبي موسى عن النبي ﷺ قال: «إذا مر أحدكم في مسجدنا أو في سوقنا ومعه نبل، فليمسك على نصالها، أو قال: فليقبض بكفه أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء»[4].

5 ـ يكره إنشاد الضالّة في المسجد كما يكره نشدها. ومعنى إنشاد الضالة تعريف الملتقط لها، ومعنى نشدها سؤال صاحبها عنها. وورد أيضاً أن اللفظين يستعملان لغة في الطلب والتعريف. ودليل المنع[5]: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا ردّها الله عليك. فإن المساجد لم تبن لهذا»[6]. وعن بريدة أن رجلاً نشد في المسجد فقال: من دعا إلى الجمل الأحمر[7]؟ فقال النبي ﷺ: «لا وجدت، إنما بنيت المساجد لما بنيت له»[8]. ولفظ «إنما» يفيد الحصر. وقد تقدم في حديث الأعرابي الذي بال في المسجد بيان ما بنيت له المساجد.

والنهي مقيد برفع الصوت، فلو لم يرفع بذلك صوته وسأل عنها جلساءه غير رافع صوته فلا كراهة؛ لأنّه من جنس المحادثة وذلك غير ممنوع ما لم يكثر[9]. واختلف

(1) الجامع لأحكام القرآن: 12/ 270، وإكمال الإكمال: 2/ 262.
(2) منح الجليل: 8/ 90.
(3) أخرجه البخاري في الصلاة، باب يأخذ بنصول النبل إذا مرّ في المسجد؛ ومسلم في البر والصلة، باب أمر من مرّ بسلاح في مسجد أو سوق.
(4) أخرجه البخاري في الفتن، باب قول النبي ﷺ من حمل؛ ومسلم في البر والصلة، باب أمر من مرّ بسلاح في مسجد أو سوق.
(5) الجامع لأحكام القرآن: 12/ 269. ومنح الجليل: 8/ 91.
(6) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد.
(7) أي: من وجد ضالتي، وهو الجمل الأحمر، فدعاني إليه.
(8) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد.
(9) المنتقى: 1/ 312، ومنح الجليل: 8/ 91.

الدعاء عليه بأن لا يردّها الله عليه هل هو واجب أو مندوب. وقال القرطبي ـ صاحب المفهم ـ: وكذا يدعى على كلّ من فعل فيه ما لا يليق[1].

6 ـ يكره الصياح فيه أو ببابه للإعلام بميت. وأما الإعلام بغير صياح فجائز.

7 ـ يكره رفع الصوت في المسجد، ولو بذكر أو بقراءة قرآن أو بالعلم فوق إسماع المتعلمين. وما تقدّم من رفع كعب بن مالك وابن أبي حدرد أصواتهما في المسجد، فإنّه لم يكن رفعاً متفاحشاً، وإلّا لنهاهما النبيّ ﷺ عن ذلك[2].

وكراهة رفع الصوت بالعلم شاملة للمسجد وغير المسجد. وتستثني التلبية بالمسجد الحرام فيجوز رفع الصوت بها فيه، وكذلك مسجد منى. ومحلّ كراهة رفع الصوت في المسجد ما لم يخلّط على مصلّ وإلّا حرم.

8 ـ يكره إشعال النار في المسجد لغير التبخير والاستصباح.

9 ـ يكره إدخال المسجد الخيل والبغال والحمير ممّا فضلته نجسة، ولو لنقل شيء للمسجد أو منه، ولم يحرم ذلك للضرورة. وأمّا ما فضلته طاهرة كالإبل والبقر فجائز للنقل، لا لغيره فيمنع. وأمّا طواف النبي ﷺ على بعير فهو لأجل أن يرتفع للناس فيأخذوا عنه المناسك فكان من الأمور الحاجية.

10 ـ يكره فرش المسجد للجلوس عليه فيه، إذا كان لغير اتقاء حرّ أو برد. ويكره اتخاذ الوسائد للاتكاء عليها فيه؛ لأنه ينافي التواضع المشروع في المساجد.

11 ـ يكره التزويق في القبلة واتخاذ الأشياء الملهية فيها، والدليل: عن عائشة زوج النبي ﷺ قالت: أهدى أبو جهم بن حذيفة لرسول الله ﷺ خميصة شامية لها علم، فشهد فيها الصلاة، فلما انصرف قال: «ردي هذه الخميصة إلى أبي جهم، فإني نظرت إلى علمها في الصلاة فكاد يفتنني»[3]. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ علّل إزالته للخميصة بإشغالها له في الصلاة، فدلّ هذا على طلب تجنّب ما يوقع في ذلك[4].

قال الإمام مالك: كره الناس ما عمل في مسجد النبي ﷺ من الذهب والفسيفساء، يعني الفصوص؛ لأنه مما يشغل عن الصلاة بالنظر إليه. وقال: ولا يكتب في جدار المسجد قرآن ولا غيره. وقال ابن رشد الجد: تحسين بناء المساجد وتجصيصها مستحب، والمكروه تزويقها بالذهب وغيره والكتابة في قبلتها. وأجاز ابن وهب وابن نافع تزيين المساجد وتزويقها بالشيء الخفيف، ما لم يكثر حتى يصل

---

(1) إكمال الإكمال: 2/ 262. (2) إكمال الإكمال: 5/ 427.

(3) أخرجه مالك في النداء للصلاة، باب النظر في الصلاة إلى ما يشغل عنها؛ ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب كراهة الصلاة في ثوب له أعلام.

(4) المنتقى: 1/ 181، والمعلم: 1/ 416، وإكمال الإكمال: 2/ 261.

للزخرفة المنهي عنها[1]. والأصل في جواز[2] التزويق الخفيف:

أ ـ أنّ ذلك مما يقتضيه التعظيم.

ب ـ فعل عثمان بن عفان ﷺ، فقد بنى مسجد النبي ﷺ بالساج وحسّنه. والساج شجر يعظم جداً، لا ينبت إلا في بلاد الهند، وخشبه أسود رزين، لا تكاد الأرض تبليه.

ج ـ أنّ عمر بن عبد العزيز نقش المسجد النبوي وبالغ في عمارته وتزيينه، وذلك في زمن ولايته على المدينة المنورة، ولم ينكر عليه أحد من التابعين.

والمنهي عنه هو ما كان فيه إسراف وقصد بذلك التباهي الذي حذّر منه النبي ﷺ، فعن أنس أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا تقوم الساعة حتى يتباهى الناس في المساجد»[3].

12 ـ يكره كراهة شديدة أن تفتح أبواب المياضي في المسجد، بل تفتح خارجه على حدة.

13 ـ ينهى عن السؤال فيه، ولا يعطى فيه السائل[4].

14 ـ كره الإمام مالك الإتيان بالمراوح يتروح بها القوم؛ لأنّها رفاهية، والمساجد موضع عبادة[5].

15 ـ يكره تقديم الشخص للإمامة لحسن صوته، فقد قال ﷺ: عن عليم قال: كنا جلوساً على سطح، معنا رجل من أصحاب النبي ﷺ، قال يزيد: لا أعلمه إلا عبساً الغفاري، والناس يخوضون في الطاعون، فقال عبس: يا طاعون خذني، ثلاثاً يقولها. فقال له عليم: لم تقول هذا؟ ألم يقل رسول الله ﷺ: «لا يتمنى أحدكم الموت فإنه عند انقطاع عمله لا يرد فيستعتب» فقال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «بادروا بالموت ستاً: إمرة السفهاء، وكثرة الشرط، وبيع الحكم، واستخفافاً بالدم، وقطيعة الرحم، ونشئاً يتخذون القرآن مزامير يقدمونه يغنيهم وإن كان أقل منهم فقهاً»[6].

وما روي من لعب الحبشة في مسجده وبين يديه ﷺ، فهو منسوخ بالأمر بتنزيه المساجد عما لا يليق بها، وبقصرها على الذكر والقرآن والصلاة، كما جاء في حديث الأعرابي المتقدم[7].

ويستحب إسراج المساجد في الليل، كما يستحب أن يزاد في ذلك في شهر رمضان[8].

---

(1) الذخيرة: 13/ 346.
(2) الجامع لأحكام القرآن: 12/ 267.
(3) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب في بناء المساجد؛ والنسائي في المساجد، باب المباهاة في المساجد؛ وابن ماجه في المساجد والجماعات، باب تشييد المساجد.
(4) إكمال الإكمال: 2/ 67.
(5) الذخيرة: 13/ 347.
(6) أخرجه أحمد في مسند المكيين.
(7) إكمال الإكمال: 3/ 42.
(8) الجامع لأحكام القرآن: 12/ 275.

الوقف

تعريف الوقف لغة:

الوقف: الحبس والمنع والإمساك. يقال: وقفت الدار وقفاً، حبستها في سبيل الله تعالى. ووقفت الرجل عن الشيء منعته عنه. وقولهم: أوقف الدار لغة رديئة، والفصيح وقف. إلا قولهم: ما أوقفك ههنا، ويريدون: أيّ شيء حملك على الوقوف. ويقال: وقف الأمر على حضور فلان، أي: علّق الحكم فيه بحضوره؛ ووقف قسمة الميراث على وضع المرأة أي: أخره حتى تضع. ويطلق الوقف اسماً ومصدراً على الشيء الموقوف. وهو مرادف للحبس[1].

تعريف الوقف شرعاً:

هو جعل منفعة مملوك، ولو بأجرة، أو غلّته، لمستحق، بصيغة، مدّة ما يراه المحبّس.

شرح التعريف:

قوله: «جعلُ منفعةِ مملوكٍ» من إضافة المصدر لمفعوله، أي: جعل مالك منفعة ذلك المملوك له لذاته، كما هو الغالب. والمعنى أنّ مالك ذات الشيء يجعل منفعته لمستحق، الخ. وهذا تعريف للوقف بالمعنى المصدري، وأمّا بالمعنى الاسمي فهو الذات المملوكة المجعول منفعتها... إلخ.

وشمل قوله: «مملوك» ما جاز بيعه وما لا يجوز بيعه، كجلد الأضحية وكلب الصيد ونحو ذلك. واحترز به من وقف الفضولي، فإنه غير صحيح ولو أجازه المالك، لخروجه بغير عوض، بخلاف بيعه فصحيح، لخروجه بعوض. ومثل وقف الفضولي هبته وصدقته فباطل، ولو أجازه المالك.

قوله: «ولو بأجرة»، إذا كان ذات الشيء مملوكة بثمن أو هبة أو إرث، بل ولو كانت مملوكة بأجرة. فإن قيل: وقف السلاطين على الخيرات صحيح مع عدم ملكهم

(1) مختار الصحاح: 461، والمصباح المنير: 256، والذخيرة: 6/ 301، وشرح حدود ابن عرفة: 2/ 539.

لما حبسوه؟ والجواب أنّ هذا لا يرد على التعريف؛ لأنّ السلطان وكيل عن المسلمين، فهو كوكيل الواقف. وقال القرافي في الفروق: إذا حبس الملوك معتقدين أنهم وكلاء الملاك صحّ الحبس، وإن حبسوه معتقدين أنه ملكهم بطل. وبذلك أفتى العبدوسي، ونقله ابن غازي في تكميل التقييد.

قوله: «أو غلته» أي: أو جعل غلّته، إن كان له غلّة،ـ كدراهم ـ في نظير إجارة الوقف.

قوله: «لمستحق» متعلق بـ«جعل».

قوله: «بصيغة» أي: دالة عليه كـ: حبستُ، ووقفتُ.

قوله: «مُدة ما يراه المُحبس» فلا يشترط فيه التأبيد، ولو كان الموقوف مسجداً، كما يأتي.

وشمل قوله: «ولو بأجرة»، ما إذا استأجر داراً مملوكة أو أرضاً مدة معلومة وأوقف منفعتها ـ ولو مسجداً في تلك المدة ـ؛ وما إذا استأجر وقفاً وأوقف منفعته على مستحق آخر غير الأول في تلك المدة.

وأمّا المحبَّس عليه فليس له تحبيس المنفعة التي يستحقها؛ لأنّ الحبس لا يحبس، فهو لا يملك تلك المنفعة لما تقرر أنّ الموقوف عليه إنما يملك الانتفاع لا المنفعة. نعم له أن يسقط حقه في ذلك الحبس مدة حياته أو مدة استحقاقه، ولو بمال يأخذه لنفسه، فإذا مات أو انقضت مدة استحقاقه رجع لمن يليه في الرتبة، أي: فيأخذه مجاناً بغير شيء وإن كان واضع اليد دافعاً لشيء من الدراهم ضاع عليه. قال الشيخ الدردير: وأما ما يقع عندنا بمصر من أنّ المستحق لوقف أو الناظر على مسجد ونحوه يبيع الوقف بدراهم كثيرة، ويجعل المشتري على نفسه لجهة المستحقين أو المسجد حكراً، ثم يوقف ذلك الوقف على زوجته ـ مثلاً ـ، وإذا لم يوقفه باعه وورث عنه ـ ويسمونه خلواً ـ فهذا باطل بإجماع المسلمين. وبعض من يدّعي العلم يفتيهم بجوازه ويسند الجواز للمالكية، وهي فتوى باطلة قطعاً، وحاشي المالكية أن يقولوا بذلك. وهذا معنى قول الخرشي: ما لم يكن منفعة حبس لتعلق الحبس بها وما تعلق به الحبس لا يحبس كالخلوات، وأيضاً هي لا تدخل في قوله: «مملوك» إذ المراد مملوك لم يتعلق به حق لغير.اهـ. وهو كلام حق لا شبهة فيه. وتوضيح ما قاله على ما شاهدناه من أهل مصر؛ أن الحوانيت الموقوفة على المسجد الغوري والأشرفي والناصري وغيرها، يبيعها الناظر بثمن كثير، فيبيع الحانوت الواحد بنحو خمسمائة دينار لا لغرض شرعي، سوى حب الدنيا والإعراض عن حب الآخرة. ثم إن المشتري منه يجعل على نفسه حكراً كل شهر نصفين فضة من الدراهم العددية[1] ويسكنه أو يكريه كل يوم بعشرة

---

(1) كناية عن الشيء القليل.

أنصاف. وقد يوقفه على نفسه وزوجته وذريته من بعده ـ مثلاً ـ، وقد يبيعه، وقد يوفي به ديناً عليه، فانظر إلى هذا الخبط الخارج عن قوانين الشريعة. ومن العجيب أن الشيخ أحمد الغرقاوي جعل لبعض القضاة رسالة في ذلك، وجوز فيها مثل ما تقدم، وصار الناس يفتون بجواز ما ذكر معتمدين على ما في الرسالة من الكلام الباطل، وهذا هو الذي قصد الخرشي ردّه بما تقدم عنه، وبعضهم لم يفهم مراده فاعترض عليه[1].

والحاصل أنه شاع عندنا بمصر أن الخلو يجوز عند المالكية دون غيرهم، ويجعلون منه ما تقدم ذكره، حتى لزم على ذلك إبطال الأوقاف، وتخريب المساجد، وتعطيل الشعائر الإسلامية. وكثيراً ما يقع في الرُّزق الكائنة بين الجيزة؛ تكون مرصدة على منافع زاوية الإمام الليث بن سعد، أو على منافع زاوية الإمام الشافعي، فيبيعها الناظر على الوجه المتقدم. ثم إن المشتري قد يوقفها على نحو زاوية الإمام الشعراني، وقد يوقفها على نفسه أيام حياته وبعده على ذريته، وربما باعها الناظر لذمّي فأوقفها الذمي على كنيسة. وقد وقع هذا فإنّ رُزْقَة كانت موقوفة على مدرسة السلطان حسن باعها ناظرها على الوجه المتقدم لذمي، ثم إنّ الذمي أوقفها على كنيسة، وكان المسلمون يزرعونها ويدفعون خراجها لأهل الكنيسة، ثم تغلب النصارى على المسلمين بواسطة أمراء مصر الضالين فنزعوها من أيدي المسلمين وصاروا يزرعونها، هذا في زماننا. وانحط الأمر على ذلك ولا حول قوة إلا بالله العلي العظيم. نعم الخلو الذي وقعت الفتوى بجواز بيعه وهبته وإرثه، إنما هو في وقف خرب لم يجد الناظر أو المستحق ما يعمره به من ريع الوقف، ولا أمكنه إجارته بما يعمره به، فيأذن لمن يعمره ببناء أو غرس على أنّ ما عمره به يكون ملكاً للمعمّر، وتُفضّ الغلة بالنظر عليه وعلى الوقف؛ فما ناب الوقف يكون للمستحق وما ناب العمارة يكون لربها؛ فهذا ليس فيه إبطال الوقف ولا إخراجه عن غرض الوقف، وليس هذا مراد الشيخ الخرشي بما تقدم حتى يعترض به عليه فافهم ذلك، والله الموفق للصواب.

حكم الوقف:

الوقف مندوب؛ لأنّه من البرّ وفعل الخير. فهو من التبرعات المندوبة. ويعبّر عنه بالحُبُسِ. فيسمّى وقفاً لأنّ العين موقوفة؛ وحبساً لأنّ العين محبّسة. ونذكر أوّلاً أدلّة الجواز، ثم نذكر أدلّة الندب. فأمّا أدلّة الجواز فهي[2]:

---

(1) أي: حيث مثل للوقف الفاسد بالخلوات قائلاً ـ أي: هذا البعض المعترض ـ: إن هذا التمثيل لا يصح، إذ المراد بالخلوات التي لا يصحّ وقفها هي التي استوفت الشروط، مع أنّ التي استوفت الشروط يحوز فيها البيع والوقف والإرث والهبة ويقضى منها الدين. وليس ذلك مراد الخرشي بل مراده الخلوات الفاسدة التي بيعت لا لغرض شرعي.

(2) الإشراف: 2/ 670، والمعونة: 3/ 1591، والمنتقى: 6/ 122، والمقدمات: 2/ 417، =

أ ـ قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامّة في كلّ عقد، والتحبيس عقد فيجب الوفاء به.

ـ فعل النبي ﷺ. فقد قال الإمام مالك ردّاً على القاضي شريح: هذه صدقات النبي ﷺ سبعة حوائط.

ب ـ أمر النبي ﷺ عمر بن الخطاب بذلك؛ فعن ابن عمر ﵄ أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئت حبست ـ بتخفيف الباء ـ أصلها وتصدقت بها» قال: فتصدق بها عمر؛ أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول قال ابن سيرين فقال: غير متأثل مالاً[1].

ووجه الاستدلال أنّ قوله ﷺ: «حبست أصلها» يقتضي أن يجعل الأصل محبوساً يقطع التصرّف فيه بالبيع ونقله عمّا هو عليه. وقوله: «وتصدقت بها» أي: وتصدقت بثمرها، على تقدير حذف مضاف وهو الثمر. يؤده ما روي عن ابن عمر قال: قال عمر للنبي ﷺ: إنّ المائة سهم التي لي بخيبر لم أصب مالاً قط أعجب إلي منها، قد أردت أن أتصدق بها؛ فقال النبي ﷺ: «احبس أصلها وسبل ثمرتها»[2].

وقد قصد عمر بن الخطاب القربة فرجع إلى النبي ﷺ في كيفية ما يفعله، وقد فهم عنه النبي ﷺ ذلك، فأشار عليه بالتحبيس، فدلّ ذلك أنّ التحبيس قربة. وقد أقرّه النبي ﷺ على صيغة التحبيس بعدم البيع والهبة والميراث.

ج ـ عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[3]. أي: انقطع ثواب عمله؛ لأنّ العمل عرض لا يستمر بل يذهب زمانه به. والمراد بالصدقة الجارية الحبس.

د ـ إجماع الصحابة رضوان الله عليهم على ذلك، إذ ثبت فعل ذلك عن أكابرهم ولم يرد إنكار باقي الصحابة عليهم، فقد حبس أبو بكر الصديق، عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وطلحة بن عبيد الله، والزبير بن العوام،

= والمعلم: 2/ 353، والجامع لأحكام القرآن: 6/ 208، وإكمال الإكمال: 4/ 614، والذخيرة: 6/ 313.

(1) أخرجه البخاري في الشروط، باب الشروط في الوقف؛ ومسلم في الوصية، باب الوقف.

(2) أخرجه النسائي في الأحباس، باب حبس المشاع؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من وقف.

(3) أخرجه مسلم في الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته.

وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، وفاطمة، وعائشة، وأمّ سلمة، وحفصة دوراً وحوائط. فعن عبد الله بن الزبير الحميدي قال: تصدّق أبو بكر الصديق ﷺ بدراه بمكة على ولده فهي إلى اليوم؛ وعنه أنّ عثمان ﷺ تصدّق بعين رومة، فهي إلى اليوم؛ وعنه أنّ علياً ﷺ تصدّق بأرضه بينبع، فهي إلى اليوم صدقة على الفقراء والمساكين وفي سبيل الله وابن السبيل القريب والبعيد؛ وعن عبد الرحمن القرشي أنّ طلحة بن عبيد الله ﷺ حبس دوره؛ وعن هشام بن عروة أنّ الزبير بن العوام ﷺ جعل دوره صدقة للمردودة من بناته تسكن غير مضرّة ولا مضرّ بها، فإن استغنت بزوج فليس لها حقّ؛ وعن مالك أنّ زيد بن ثابت ﷺ كان قد حبس داره التي في البقيع وداره التي عند المسجد؛ وروي أنّ عبد الله بن عمر ﷺ جعل نصيبه من دار عمر سكنى لذوي الحاجة من آل عبد الله[1].

هـ ـ القياس على المسجد والمقبرة؛ لأنّه تحبيس عقار على وجه القربة فأشبه المسجد والمقبرة.

و ـ القياس على العتق؛ لأنّ كلّ ما جاز أن يلزم بالوصية بعد الوفاة جاز أن يلزم بقوله حال الحياة كالعتق.

وهذان القياسان استدلال على المذهب الحنفي القائل بأنّه لا يجوز الحبس إلا على المسجد والمقبرة، أو أن يوصي بذلك في مرض موته بأن يوقف بعد موته فيصحّ من ثلثه كالوصية.

ولا يفتقر التحبيس لحكم حاكم بذلك، خلافاً للمذهب الحنفي أيضاً، والدليل: القياس على الهبة والصدقة؛ لأنّ التحبيس جهة من جهات البرّ فجاز أن يلزم بغير حكم الحاكم[2].

وقد كان القاضي شريح ينكر العمل بالحبس، فقد قيل للإمام مالك: إنّ شريحاً كان لا يرى الحبس، ويقول: لا حبس عن فرائض الله، فقال: تكلّم شريح ببلده، ولم يرد المدينة فيرى آثار الأكابر من أزواج النبي ﷺ وأصحابه والتابعين بعدهم، هلمّ جراً إلى اليوم وما حبسوا من أموالهم، لا يطعن فيه طاعن، وهذه صدقات النبي ﷺ سبعة حوائط؛ وينبغي للمرء أن لا يتكلم إلا فيما أحاط به خبراً.

وبهذا احتجّ أيضاً الإمام مالك على الإمام أبي يوسف بحضرة هارون الرشيد فقال: هذه أحباس رسول الله ﷺ وصدقاته ينقلها الخلف عن السلف، قرناً بعد قرن.

---

(1) هذه الروايات مخرجة عند البيهقي في الوقف، باب الصدقات المحرمات؛ والطبراني في المعجم الكبير: 2/ 41 ـ 42؛ وكنز العمال: 16/ 634؛ وأخرج البخاري تعليقاً روايتي الزبير وابن عمر في الوصايا، باب إذا وقف أرضاً أو بئراً.

(2) الإشراف: 2/ 672.

وقد رجع أبو يوسف عن رأي الإمام أبي حنيفة بمنع الحبس إلى رأي الإمام مالك بإجازته. وقد أشار الإمام بكلامه إلى أنّ النقل عن النبي ﷺ وأصحابه في ذلك بلغ مبلغ التواتر[1].

وقد استدلّ المخالف على قوله بعدم الجواز بقوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَٰكِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ يَفْتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ ﴿١٠٣﴾﴾ [المائدة: 103]، وبقوله تعالى: ﴿وَجَعَلُواْ لِلَّهِ مِمَّا ذَرَأَ مِنَ ٱلْحَرْثِ وَٱلْأَنْعَٰمِ نَصِيبًا فَقَالُواْ هَٰذَا لِلَّهِ بِزَعْمِهِمْ وَهَٰذَا لِشُرَكَآئِنَا﴾ [الأنعام: 136]، وبقوله: ﴿وَقَالُواْ هَٰذِهِۦٓ أَنْعَٰمٌ وَحَرْثٌ حِجْرٌ لَّا يَطْعَمُهَآ إِلَّا مَن نَّشَآءُ بِزَعْمِهِمْ وَأَنْعَٰمٌ حُرِّمَتْ ظُهُورُهَا وَأَنْعَٰمٌ لَّا يَذْكُرُونَ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا ٱفْتِرَآءً عَلَيْهِ سَيَجْزِيهِم بِمَا كَانُواْ يَفْتَرُونَ ﴿١٣٨﴾﴾ [الأنعام: 138]، وبقوله: ﴿وَقَالُواْ مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ ٱلْأَنْعَٰمِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِنَا وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَآءُ سَيَجْزِيهِمْ وَصْفَهُمْ إِنَّهُۥ حَكِيمٌ عَلِيمٌ ﴿١٣٩﴾﴾ [الأنعام: 139]، إلى قوله: ﴿أَمْ كُنتُمْ شُهَدَآءَ إِذْ وَصَّىٰكُمُ ٱللَّهُ بِهَٰذَا فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنِ ٱفْتَرَىٰ عَلَى ٱللَّهِ كَذِبًا لِّيُضِلَّ ٱلنَّاسَ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَهْدِي ٱلْقَوْمَ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [المائدة: 144].

والجواب عن ذلك أنّ هذه الآيات إنّما جاءت توبيخاً لأهل الجاهلية على ما كانوا يحرّمونه على أنفسهم من الأنعام تشرّعاً وتديّناً وافتراء على الله، وإذهاباً لنعمة الله تعالى من الأنعام، وإهداراً لمصلحة العباد منها، واتباعاً لخطوات الشيطان. وهذا ليس ممّا يحبسه الرجل على ولده أو في وجه من وجوه البرّ التي يتقرّب بها إلى الله تعالى. وإنّما يكون استدلالهم بالآيات صحيحاً لو عمد رجل إلى أرض له فقال: هذه تكون حبساً، لا يجتنى ثمرها، ولا تزرع، ولا ينتفع منها بنفع، لجاز أن يشبّه هذا بالبحيرة والسائبة.

واستدلّوا أيضاً بما روي عن ابن عباس أنّه لمّا نزلت سورة النساء، قال النبي ﷺ: «لا حبس بعد سورة النساء»[2]، وبما روي أيضاً أنّ النبي ﷺ: «لا حبس عن فرائض الله»[3]، وبما روي عن بريدة رضي الله عنه أنّه قال: بينا أنا جالس عند رسول الله ﷺ إذ أتته امرأة فقالت: إني تصدقت على أمي بجارية وإنها ماتت. قال فقال: «وجب أجرك وردّها عليك الميراث»[4]. والجواب عن ذلك بما يلي[5]:

(1) الإشراف: 2/ 672، والمنتقى: 6/ 122، والمقدمات: 2/ 418، والذخيرة: 6/ 302، وإكمال الإكمال: 4/ 614.

(2) أخرجه الطبراني والبيهقي.

(3) أخرجه البيهقي.

(4) أخرجه مسلم في الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت.

(5) الإشراف: 2/ 672، والمنتقى: 6/ 122، والمقدمات: 2/ 418، والذخيرة: 6/ 323، وإكمال الإكمال: 4/ 614.

ـ أنّ الحبس في الحديث الأول بفتح الحاء وسكون الباء، أي: السجن. والمراد به حبس الزانية قبل نزول حد الزنا.

ـ وعن الحديث الثاني أنّ المراد به ما كان معروفاً في الجاهلية من منع البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي؛ ولم يكن معروفاً عندهم حبس الدور على الأولاد ولا في وجه من وجوه البرّ المتقرّب بها إلى الله تعالى. قال النووي: وهو مما اختص به المسلمون. قال الشافعي: «لم يحبس أهل الجاهلية داراً ولا أرضاً فيما علمت» أي: على وجه التبرر، وأمّا بناء الكعبة وحفر زمزم، فإنّما كان على وجه التفاخر. وأما الصدقة التي يمضيها المتصدّق في حياته على ما أذن الله به على لسان نبيه وعمل به الأئمة الراشدون ﷺ ليس من الحبس عن فرائض الله.

أو يكون المراد بالحديث الثاني الحبس المسقط للمواريث، وهو ما زاد على الثلث، إذا كان التحبيس في مرض الوفاة.

والجواب عن الحديث الثالث، أنّه في صدقة تمليك غير وقف، بدليل قوله ﷺ: «وردّها عليك الميراث»[1].

وأمّا دليل الندب فهو أن الحبس من فعل البرّ والمعروف التي تدخل في الصدقة الجارية، وهو معتبر من أحسن أبواب القرب؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: 77]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ﴾ [النحل: 90]؛ وللأحاديث المتقدمة[2].

أركان الوقف:

أركان الوقف أربعة، وهي:

الأول: واقفٌ:

وهو المالكُ للذات أو المنفعة التي أوقفها. قال في المدونة: ولا بأس أن يكري أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت كان النقض للذي بناه. وهذا المثال قصد به الاستشهاد على وقف المنفعة. ويفعل الواقف بالنقض ما شاء لكون الوقف انتهى أجله، فلا يعطى حكم أنقاض المساجد المؤبّدة.

وشرط صحة وقف الواقف: أن يكون من أهل التبرع؛ وهو المكلّف، أي: البالغ الرشيد المختار، فلا يصح من صبي، ولا مجنون، ولا سفيه، ولا مكره.

ويشترط الإسلام لصحة الوقف على القربات الإسلامية. وسيأتي التفصيل في المبطلات.

---

(1) المقدمات: 2/ 415 ـ 416، والجامع لأحكام القرآن: 6/ 208.

(2) الذخيرة: 6/ 322.

ويصحّ من الإمام الوقف. فعن محمد بن خالد أنّه سمع ابن القاسم يقول: وللإمام أن يحبّس الخيل في الجهاد. قال الإمام ابن الأبّي: كانت وقعة، فحبس الإمام بتونس بعض ريع بيت المال على بناء سورها، وشهد في ذلك التحبيس شيخنا أبو عبد الله بن عرفة، وامتنع بعض المفتين، وأظنّه الشيخ أبا القاسم الغبريني، من الشهادة في ذلك ظنّاً منه أنّه لا يجوز؛ قال شيخنا أبو عبد الله بن عرفة: فأوقفته على سماع محمد بن خالد فرجع وشهد معنا[1].

الثاني: موقُوفٌ:

وهو ما مُلِكَ من ذات أو منفعة، ولو حيواناً يوقف على مستحق للانتفاع بركوبه أو الحمل عليه؛ أو طعاماً أو عيناً يُوقف كل منهما للسَّلفِ. وينزّل ردُّ بدله منزلة بقاء عينه؛ لأنّ الوقف يكون فيما ينتفع به مع بقاء عينه، فنزّل ردّ البدل منزلة بقاء العين. وجواز وقف الطعام والعين نصّ المدونة فلا داعي لتردّد الشيخ خليل فيه. نعم قال ابن رشد إنّه مكروه، فهو ضعيف. وأضعف منه قول ابن شاس: لا يجوز؛ إن حمل قوله لا يجوز على المنع. وعلى كل حال كلام ابن رشد وابن شاس خلاف مذهب المدونة، فكان على الشيخ خليل أن لا يلتفت لقولهما.

والدليل على جواز وقف الحيوان والعروض، ومنها السلاح[2]:

أ ـ عن أبي هريرة ﷺ قال: أمر رسول الله ﷺ بالصدقة. فقيل: منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس بن عبد المطلب. فقال ﷺ: «ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ورسوله. وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً قد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله. وأما العباس بن عبد المطلب فعم رسول الله ﷺ فهي عليه صدقة ومثلها معها»[3].

ب ـ عن أم معقل قالت: كان أبو معقل حاجّاً مع رسول الله ﷺ فلما قدم قالت أم معقل: قد علمت أنّ علي حجة، فانطلقا يمشيان حتى دخلا عليه، فقالت: يا رسول الله إنّ عليّ حجة وإنّ لأبي معقل بكراً، قال أبو معقل: صدقت، جعلته في سبيل الله. فقال رسول الله: ﷺ «أعطها فلتحج عليه فإنه في سبيل الله» فأعطاها البكر. فقالت: يا رسول الله، إني امرأة قد كبرت وسقمت، فهل من عمل يجزئ عنّي من حجتي؟ قال: «عمرة في رمضان تجزئ حجة»[4]. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ أقرّ أبا معقل على تسبيل البكر، وهو الفتي من الإبل.

---

(1) إكمال الإكمال: 4/ 616.

(2) الإشراف: 2/ 673، والمعونة: 3/ 1593، والمنتقى: 6/ 122، والذخيرة: 6/ 312.

(3) أخرجه البخاري في الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَـٰرِمِينَ﴾؛ ومسلم في الزكاة، باب تقديم الزكاة ومنعها.

(4) أخرجه أبو داود في المناسك، باب العمرة.

ج ـ عن أبي هريرة ﷺ قال: قال النبي ﷺ: «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده، فإن شبعه وريّه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة»[1].

د ـ القياس على العقار؛ لأنّه أصل يبقى ويصحّ الانتفاع به كالعقار.

هـ ـ أنّ كلّ عين يصحّ الانتفاع بها مع بقاء عينها صحّ وقفها؛ لأنّه موف بحكمة الوقف.

الثالث: موقوفٌ عليه:

وهو المستحق لصرف المنافع عليه، سواء كان عاقلاً كزيد أو العلماء أو الفقراء؛ أو غير عاقل كرباطٍ وقنْطَرةٍ ومسجد، فإنها تستحق صرف غلة الوقف أو منافعه عليها لإصلاحها وإقامة منافعها.

ولا فرق بين من هو موجود ممّا ذكر في الحال، أو من سيوجد في الاستقبال كمن سيولد في المستقبل لزيد مثلاً فيصح الوقف عليه. وهو لازم لعقده، على ما لابن القاسم، فتوقف الغلة إلى أن يوجد فيُعطاها. ووجه صحة الوقف على من لم يوجد بعد أنّ الحبس متوجه إلى من يصحّ وجوده ويتوقع لزوم حقه[2].

فإن حصل مانع من موت أو يأس منه رجعت للواقف أو وارثه. وجه رجوعه للواقف عند موت الموقوف عليه أو اليأس من وجوده أنّه بصرفه إلى من قد ظهر أنه لا يوجد ولا يثبت له حق يعلم أنّ الحبس لم ينفذ[3].

ويصحّ الوقف على الموجود أو على من سيوجد، ولو كان ذِمّياً فيصح الوقف عليه، إذا كان ملتزماً الجزية وأحكام الإسلام، فيصحّ الوقف عليه، سواء ظهرت فيه قربة بأن كان فقيراً أو قريباً للواقف؛ أو لم تظهر فيه قُربَةٌ، كما لو كان الموقوف عليه أجنبياً غنيّاً[4]. بخلاف المسلم فالقربة فيه ظاهرة ولو غنياً.

ودليل صحة الوقف على الذمّي: القياس على جواز صلته[5]. وقد وصلت أسماء بنت أبي بكر أمّها وهي كافرة.

أمّا الوقف على كنائس أهل الذمة فلا يجوز، والدليل[6]: أنّ ما يقع فيها باطل في معتقدنا، فيكون قد صرف صدقته في معصية، كما لو صرفها في شرب الخمر أو أعطاها أهل الفسوق.

والحاصل أنّ الوقف إذا عرا عن المعصية، ولم تظهر فيه قربة صحّ؛ لأنّ صرف

---

(1) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب من احتبس فرساً في سبيل الله.
(2) المنتقى: 6/ 129.
(3) المنتقى: 6/ 129.
(4) منح الجليل: 8/ 114.
(5) إكمال الإكمال: 4/ 616.
(6) المنتقى: 6/ 123، والذخيرة: 6/ 302.

المال في المباح مباح. وكرهه الإمام مالك؛ لأنّ الوقف باب قربة ومعروف فلا يعمل لغير ذلك[1].

الرابع: صيغةٌ:

وتكون على ضربين:

الصيغة الأولى: أن تكون صريحة، بقول الواقف: وقفتُ أو حبستُ أو سبَّلْتُ. والتحقيق أنّ «حبستُ» و «وقفتُ» يفيدان التأبيد مطلقاً قُيّد اللفظ أو أطلق، كان على معينين أم لا، وكذا «سبّلت»، حتى يقيّد بأجل بأن يضرب للوقف أجلاً كعشر سنين مثلاً، أو يقيّد بجهة تنقطع، كما لو قيده بحياة شخص موقوف عليه. والدليل على إفادة لفظ الوقف التأبيد إذا أطلق ولم يقيد[2]: أنّ مفهومه في العرف يقصد به السبيل والتأبيد وتمليك منفعته على الدوام، فوجب الحكم بذلك فيه.

وأمّا لفظ الحبس فلا يفيد بدلالة العرف التأبيد إذا أطلق ولم يقيد، وإنّما بأدلة أخرى، وهي[3]:

أ ـ قول النبي ﷺ لعمر ﷺ: «احبس أصلها وسبل ثمرتها». ووجه الاستدلال أنّ عمر أراد أن يتصدّق بالأصل صدقة تبتدأ، وهي تمليك الرقبة، فأشار عليه النبي ﷺ بأن يحبّس الأصل ويسبّل الثمرة، فدلّ على أنّ لفظ التحبيس يؤبّد الأصل، ولو لم يكن كذلك لم يكن الغرض حاصلاً؛ لأنّه كانت الأرض تعود إلى ملكه فيبطل غرضه في التصدّق به.

ب ـ القياس على لفظ الوقف؛ لأنّه لفظ يقتضي التحبيس فوجب أن يستحق التأبيد بإطلاقه أصله لفظ الوقف.

الصيغة الثانية: أن تكون غير صريحة، نحو قوله: تصدَّقت ونحلت. ويشترط فيها للدلالة على الوقف أحد ثلاثة أمور، هي:

1 ـ أن تقترن بقيدٍ يدل على المراد نحو: لا يباع، ولا يوهب؛ أو تصدقت به على بني فلان طائفة بعد طائفة، أو عقبهم ونسلهم. فهذه الألفاظ قرينة على الوقف لا على الصدقة التي هي التمليك بغير عوض.

فإن لم يقيّد قوله: «تصدقت» بقيد يدلّ على المراد فإنه يكون ملكاً لمن تصدق به عليه. فإن لم يحصر، كالفقراء والمساكين، بيع وتُصدِّق بثمنه عليهم بالاجتهاد؛ فلا يلزم التعميم، بل لمتولّي التفرقة أن يعطي من شاء ويمنع من شاء. وإنما كانت تباع لأنّ بقاءها يؤدّي للنزاع. فإن كان محصوراً صنع بها ما شاء.

---

(1) الذخيرة: 6/ 312.

(2) المعونة: 3/ 1595، والمنتقى: 6/ 121.

(3) المعونة: 3/ 1598.

2 ـ أن يكون الموقوف عليه معيّناً أو جهة لا تَنْقَطِعُ، كالفقراء أو المساجد. ولا بد هنا أيضاً من قيد يفيد الوقف، كقوله: لا يباع ولا يوهب، وكقوله: على بني فلان طائفة بعد طائفة، وإلّا كان ملكاً لهم على ما تقدم.

3 ـ أو يكون مجهولاً حُصِر، كعلى فلان وعقبه ونسله؛ لأن قوله: وعقبه، وما في معناه، يدلّ على التأبيد، ما لم يقيّد بأجل. ووجه كونه مجهولاً أنّ العقب والنسل غير معلومين، وذلك صادق بمن وجد ومن سيوجد. والمراد بالمحصور ما يحاط بأفراده، وبغير المحصور ما لا يحاط بها كالفقراء والعلماء.

والدليل على اشتراط أحد هذه الشروط ليحمل لفظ الصدقة على الوقف: أنّها وردت في حديث عمر ﷺ، فقد قال الراوي: فتصدق بها عمر؛ أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف. .الخ. ووجه الاستدلال أنّه قيد الصدقة بعدم البيع والهبة والميراث؛ وجعلها في معينين لا ينقطعون، وقد أقره النبي ﷺ على ذلك واعتبرها حبساً[1].

وينوب عن الصيغة التخلية بين الموقوف وبين الناس، كالمسجد، والرباط، والمدرسة، والمكتب، وإن لم يتلفظ بها. كما لو بنى مسجداً وخلّى بينه وبين الناس، ولم يخصّ قوماً دون قوم، ولا فرضاً دون نفل. ودليل قيام التخلية مقام الصيغة[2]:

أ ـ أنّ النبي ﷺ كان يهدي ويهدى إليه، ولم يثبت أنّه حصل منه ولا من أصحابه صيغة، ولو حصل ذلك منهم لنقل واشتهر، بل كانوا يقتصرون على مجرّد الفعل.

ب ـ أنّ التخلية معتبرة عرفاً كالتصريح في دلالتها على الوقف.

ج ـ أنّ مقصود الشرع الرضا بانتقال الأملاك، فأيّ شيء دلّ على حصول مقصود الشرع ـ مع عدم النصّ منه على شيء ـ كفى.

لزوم الوقف:

الوقف عقد لازم للواقف، فلا يجوز له الرجوع فيه؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. ووجه الاستدلال أنّ الآية عامّة في كلّ عقد، والتحبيس عقد فيجب الوفاء به.

ولا خيار في الوقف، فلو اشترط الواقف الخيار في الرجوع بطل شرطه ولزم الوقف؛ لأنّ الأصل في العقود اللزوم[3].

ولا يشترط حكم حاكم بذلك. والدليل[4]:

---

(1) المنتقى: 6/ 121.

(2) إكمال الإكمال: 4/ 615، والذخيرة: 6/ 315.

(3) الذخيرة: 6326.

(4) الذخيرة: 6/ 323.

أ ـ أنّ عمر بن الخطاب حبس أرضه بإشارة من النبي ﷺ وتدبير له، ثم لمّا كتب وثيقة التحبيس لم يثبت أنّه عرضها على النبي ﷺ عرض الحكم والقضاء ليحكم بلزومها.

ب ـ إجماع الصحابة على لزوم الحبس بمجرّد التحبيس، ولم يكن يرجعون إلى القضاة للحكم بلزومها.

وقف المشاع:

يصحّ وقف المشاع، والدليل[1]:

أ ـ أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقف مائة سهم من خيبر. وقد أقرّه النبي ﷺ على ذلك.

ب ـ القياس على المقسوم؛ لأنّ كل عرصة جاز بيعها جاز وقفها كالمقسوم.

ج ـ أنّ الشائع يمكن قبضه على الوجه اللائق به.

ما يثبت به الوقف:

يثبت الوقف بالإشاعة بشروطها: بأن يطول زمن السماع، قال ابن سهل: وصفة شهادة السماع في الأحباس أن يشهد الشاهد أنّه يعرف الدار التي بموضع كذا وحدّها كذا، وأنّه لم يزل يسمع منذ أربعين سنة أو عشرين سنة، متقدمة التاريخ، عن شهادته هذه سماعاً فاشياً مستفيضاً من أهل العدل وغيرهم، أنّ هذه الدار حبس على كذا، أو حبس فقط، ويشهد الآخر بذلك. بهذا جرى العمل، انتهى كلامه. وإنّما يقع الحكم بها بعد أن يعذر الحاكم لمن ينازع في ذلك ولم يبد رافعاً شرعياً.

ويقوم مقام الصيغة أيضاً كتابة الوقف على الكتب، إن كانت وقفيتها مقيدة بمدارس مشهورة، وإلّا فلا. أي: إذا وجد مكتوباً على كتاب «وقف لله تعالى على طلبة العلم» فإنّه لا يثبت بذلك وقفيته، حيث كانت وقفيته مطلقة، فإن وجد مكتوباً عليه «وقف على طلبة المدرسة الفلانية» فإن كانت مشهورة بالكتب ثبتت وقفيته، وإن لم تكن مشهورة بذلك لم تثبت وقفيته.

ويقوم مقام الصيغة أيضاً الكتابة على أبواب المدارس والربط والأشجار القديمة، وعلى الحيوان.

شرط صحّة الوقف:

يشترط الحوز لصحّة الحبس، وهو الإخراج عن يد المحبّس. وكذا في الهبة والصدقة. ودليل اشتراط هذا الشرط[2]:

---

(1) الإشراف: 2/ 672، والذخيرة: 6/ 314.

(2) المعونة: 3/ 1600، والذخيرة: 6/ 318.

أ ـ القياس على الهبة والعارية بجامع المعروف. وسيأتي ذكر دليل اشتراط الحوز في الهبة في باب الهبة.

ب ـ سدّ الذريعة. وذلك أنّ عدم الحوز طريق إلى أن ينتفع الإنسان بماله في حياته ويخرجه عن ورثته بعد موته.

ولا بدّ من معاينة البينة لحوزه. فلو أقر الواقف في صحته أنّ الموقوف عليه قد حاز وقبض، وشهدت عليه بإقراره بينة ثم مات، لم يقض بذلك إن أنكر ورثته، حتى تعاين البينة الحوز، فالإشهاد على إقراره بالحوز لا يكفي، والدليل على عدم كفاية الإقرار: أنّ المنازع في ذلك الورثة أو الغرماء، فلو اكتفي بذلك لزم قبول إقرار الإنسان على غيره، وهو باطل إجماعاً[1].

واستثني من ذلك المحجور إذا وقف عليه وليّه، فإنه لا يشترط فيه الحيازة الحسية. فإذا حبس الولي، من أب، أو وصيّ، أو حاكم، أو مقدّم، لمَحْجُورِه الصغير أو السفيه، فلا يشترط فيه الحوز الحسي بل يكفي الحكمي، فيصحّ وقف الولي عليه إذا استمر الوقف تحت يده حتى حصل المانع. لكن بشروط ثلاثة، هي:

الأول: إن أشهد الولي على الوقف على محجوره، وإن لم يشهد على الحوز له، فإن لم يشهد بطل بالمانع.

الثاني: أن يصرف الولي لمحجوره الغلّة في مصالحه كلّها أو جلّها، مما يحتاج إليه قياساً على الهبة، ولا بدّ من الشهادة على ذلك. فإن لم يصرف الغلة له أو لم يصرف له إلّا الأقل أو النصف بطل الوقف بالمانع.

الثالث: أن لا يكُون الموقوفُ على المحجور دار سُكنى الواقف، فإن كانت دار سكناه بطل بالمانع، إلا إذا تخلى الواقف عنها، وعاينت البينة فراغها من شواغل المحبّس. إلّا أن يسكُنَ الولي منها الأقلَّ ويُكرِي لمحجوره الأكثَرَ للصرف عليه، فيكفي ولا يبطل لأن الأقلّ تابع للأكثر، والدليل: أنّ زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر حبسا داريهما وسكنا بعضاً منهما حتى ماتا، فنفذ الحبس في الجميع[2]. وإن سَكَنَ النصف بطل ـ فقط ـ إن حصل مانع، وصح النصف الذي لم يسكنه. وإن سكن الأكثر بطل الجميع. ووجه البطلان إن سكن الواقف الأكثر أنّ منفعة الدار مستوفاة له لا للموقوف عليه، فيكون في ذلك تهمة للواقف أن يكون أراد الانتفاع بماله في حياته ومنع ورثته منه بعد وفاته[3].

ويفهم من هذا أنّ حيازة الأمّ ما حبسته على ولدها الصغير لا يكفى، إلا إذا

---

(1) إكمال الإكمال: 4/ 617.

(2) المنتقى: 6/ 96، والذخيرة: 6/ 319.

(3) المعونة: 3/ 1605، والذخيرة: 6/ 319.

كانت وصية. وتقدم أن السفيه أو الصغير لو حاز لنفسه لصحت حيازته فلا يبطل الحبس بالمانع بعده.

ما لا يشترط في الوقف:

- لا يشترط في الحبس التنجيز، فيجوز أن يقول المحبّس: هو حبس على كذا بعد شهر أو سنة. ويلزم إذا جاء الأجل الذي عيّنه. ودليل جواز عدم التنجيز: القياس على العتق؛ لأنّه فعل معروف بغير عوض[1].

فإن حدث دين على المحبّس في ذلك الأجل فإنّه يضرّ إذا لم يحز الحبس عن الواقف. أما إذا حيز عنه أو كانت منفعته لغير الواقف في ذلك الأجل فإنّه لا يضرّ حدوث الدين.

- لا يشترط فيه التّأبيد، في الصيغة الصريحة أو غير الصريحة، بل يجوز وقفه سنة أو أكثر لأجل معلوم، ثم يرجع ملكاً له أو لغيره. وإذا اشترط الواقف التغيير والتبديل بالبيع والشراء، والإدخال والإخراج، لم يجز ابتداء، فإن وقع مضى وعمل به.

- لا يشترط فيه تعيينُ المصرفِ في محلّ صرفه، فجاز أن يقول: أوقفته لله تعالى، من غير تعيين من يصرف له. والدليل: القياس على الأضحية[2].

ويصُرِف فيما يصرف له في غالب عرفهم، فإن كان الغالب في عرفهم الصرف لأهل العلم أو للغزاة عمل به. فإن لم يكن غالب في عرفهم، بأن لم يكن لهم أوقاف أو كان ولا غالب فيها، فيصرف على الفُقراءُ بالاجتهاد، سواء كانوا في محلّ الوقف أو غيره. ووجه اعتبار العرف عند الإطلاق وعدم التعيين أنّ العرف في الوقف المقصود منه القربة والبرّ، فإنّ عيّن الواقف ذلك بنفسه اكتفي بتعيينه، وإن لم يعيّن اكتفي عنه بالعرف[3].

وهذا إذا لم يختص الموقوف بجماعة معينة، وإلا صرف لهم ككتب العلم.

ولا يبطل الوقف بعدم تعيين الوجه الذي يصرف فيه؛ لأنّ الوقف يراد به وجه الله تعالى والقربة إليه، فإذا لم يعين الواقف الجهة التي قصدها كان مطلقاً ولم يجز إبطاله؛ لأنّه لو صرح بقصده لم يخرج عن حكم الوقف وهو إرادة وجه الله تعالى[4].

- لا يشترط قبُولُ مستحقه. إذ قد يكون غير محصور، أو غير موجود، أو لا يمكن قبوله كمسجد، وهذا في غير المعيّن. وأمّا إذا كان المستحقّ مُعيَّناً وأهلاً للقبول، بأن كان رشيداً، فيشترط قبوله. فإن كان غير رشيد فالعبرة بوليّه.

فإن ردّ المعيّن الأهل أو وليّ الصبي أو المجنون أو السفيه، الوقف ولم يقبله،

---

(1) الذخيرة: 6/ 326.
(2) الذخيرة: 6/ 326.
(3) الإشراف: 2/ 675.
(4) المعونة: 3/ 1600.

فلا يرجع ملكاً لربه، ويصرف لغير المستحقّ باجتهاد الحاكم، لا لخصوص الفقراء. وهذا إذا جعله الواقف حبساً مطلقاً، قبله من عيّنه أم لا. وأمّا إن قصد المعيّن بخصوصه فإن ردّه عاد ملكاً للمحبّس.

مبطلات الوقف:

يبطل الوقف بما يلي:

- يبطل بحصول مانع للواقف قبلَ أن يحوزه الموقوف عليه. فإذا لم يحزه الموقوف عليه، ولو كان سفيهاً أو صغيراً أو وليه، حتى حصل للواقف مانع من موت أو فلس أو مرض متصل بموته، بطل الوقف ورجع للغريم في الفلس وللوارث في الموت، إن لم يجزه - من الإجازة والإمضاء- الوارث أو الغريم، وإلا نفذ. وهذا إذا حبس في صحته. والمراد بالفلس هنا ما يشمل الأخص والأعمّ الذي هو إحاطة الدين. والمراد بالبطلان عدم التمام؛ لأنّ عدم إمضاء ذلك حقّ للغرماء في الفلس وللورثة في الموت.

وأمّا من حبس في مرضه فهو كالوصية يخرج من الثلث إذا كان لغير وارث وإلا بطل كما يأتي. وللواقف في المرض الرجوع فيه لأنه كالوصية بخلاف الواقف في الصحة فلا رجوع له فيه قبل المانع، ويجبر على التحويز إلا إذا شرط لنفسه الرجوع فله ذلك.

- يبطل بحصول مانع له بعد عَودِ الوقف لواقفه قبل عام بعد أن حيز عنه، والحال أن للواقف الغَلَّة، أي: عاد لانتفاعه بما وقفه، كغلة دارٍ وحانوت وحمام ودابة، فإنه يبطل الوقف بحصول المانع للواقف حال استيلائه عليه قبل العام وقبل أن يحاز عنه ثانياً. وسواء أوقفه على محجوره أو غيره، عاد إليه بعوض كإجارة، أو بغيره ما لم يحز عنه ثانياً قبل المانع؛ وإلا لم يبطل.

ومفهوم: «قبل عام»، أنه لو عاد إليه بعد العام بكراء أو إرفاق فحصل المانع، لم يبطل؛ لأنّ العام هو المدة التي يحصل بها اشتهار الوقف غالباً، بخلاف الرهن إذا عاد للراهن فإنه يبطل بالمانع ولو طالت حيازة المرتهن له. وهذا شامل للوقف على غير المحجور وعلى المحجور.

وإذا كان الوقف لا غلة له، نحو كُتُب العلم وسلاحٍ، فإنه لا يبطل بالمانع إذا عاد ليد الواقف قبل عام. وأولى بعده، إذا صرفه قبل عوده لَه في مصرفه، بأن حيز عنه لمن يقرأ فيه بالنسبة للكتاب، أو لمن يقاتل به بالنسبة للسلاح، أو لمن ينجر به في نحو القدوم، فإنه كافٍ ولا يبطل بالمانع قبل العام.

- يبطل الوقف إذا كان الواقف في مَرَض موتِهِ، وكان الموقوف عليه وارثاً، فيبطل الوقف ولو حمله الثلث؛ لأن الوقف في المرض كالوصية، ولا وصية لوارث. والمراد بمرض الموت المرض الذي يعقبه الموت ولو كان خفيفاً.

ومحلّ البطلان فيما يبطل فيه الوقف حيث لم يجزه الوارث غير الموقوف عليه، فإن أجازه مضى.

فإن لم يكن الوقف في المرض على وارث بل على غير وارث، فيصحّ ويخرج مِن الثُّلُثِ إن حمله الثلث، وإلا فلا يصح منه إلا ما حمله الثلث. ووجه ذلك أنّ الوقف في المرض كالوصية، ولا وصية فيما زاد على الثلث؛ لأنّ المريض محجور عليه لحق الورثة، فما يفعله موقوف على الثلث، فليس له أن يخرج عنهم زيادة على الثلث بعد موته؛ لأنّ ذلك تقدير ما أذن له الشرع فيه. وإنّما لم يحكم بتنجيزه من الثلث في الحال - أي: في حال المرض - لجواز أن يتلف الثلثان الباقيان ويموت هو عن هذا المقدار فقط؛ لأن الاعتبار ما يتركه بعد الموت لا قبله، فيؤدي إلى أن تكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة وذلك غير جائز[1].

ويستثنى من بطلان وقف المريض على الوارث مسألة ولد الأعيان، وإن كان موضوعها أعمّ من ولد الأعيان إذ يشمل الوقف على غيرهم من الورثة. والمسألة هي الوقف المُعقَّب، أي: بإدخال العقب، أوقفه المريض على أولاده ونسله وعقبه، سواء كان للوقف غلة أم لا، فإنّه يخرَج منْ ثُلثِهِ إن حمله الثلث، فإن حمل الثلث بعضه جرى فيه ما سيذكر من القسم على الورثة فيما يحمله الثلث. وأولاد الأعيان هم أبناء الواقف من صلبه.

فيكون القسم كميراثٍ للوارثِ في القسم مما يخص الوارث، وليس ميراثاً حقيقة إذ لا يباع ولا يوهب، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو شرط الوارث تساويهما. وللزوجة في المثال الآتي الثمن من مناب الأولاد، وللأم السدس، والباقي للأولاد. فيدخل في الوقف جميع الورثة وإن لم يوقف عليهم. ويبيِّن ذلك هذا المثال وهو:

ترك ثلاثة أولاد لصلبه هم أولاد الأعيان. وأربعةِ أولادِ أولادٍ، أوقف عليهم في مرض شيئاً من ماله كدار، وعقّبه بأن قال: وعقبهم. فالتعقيب شرط في هذه المسألة كالخروج من الثلث، فإن لم يعقبه بطل على الأولاد وصح على أولاد الأولاد.

وترك مع السبعة ممن يرث زوجةً وأمّاً، فيدخلان في مالِ الأولاد. وكذا كلّ من يرث ممن لم يوقف عليه كالأب، فما ينوب الأولاد ثلاثة أسهم من سبعة، سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً أو بعضهم، وسواء أطلق أو سوّى بين الذكر والأنثى، أو جعل للذكر مثل حظ الأنثيين، إذ شرطه لا يعتبر فيما لأولاد الأعيان، بل للذكر مثل حظ الأنثيين على كل حال.

فيكون للزوجة من الثلاثة أسهم الثمن، وللأم منها السدس، وأربعةُ أسباعِهِ لولَدِ

(1) المعونة: 3/ 1601، والذخيرة: 6/ 303.

الولدِ وَقْفٌ عليهم يعمل فيها بشرط الواقف من تفاضل أو تسوية، بخلاف مال أولاد الصلب فإنه كالميراث للذكر فيه مثل حظ الأنثيين ولو شرط خلافه. ويدخل فيه من يرث.

ولكونه معقباً لم يبطل ما ناب الأولاد لتعلق حق غيرهم به. ولكون الوقف عليهم في المرض لا يصحّ شاركهم غيرهم من بقية الورثة.

وانظر في «أقرب المسالك»[1] قسم المسألة على طريقة الفرضيين، وما يترتب على حدوث ولد أو أكثر، وموت ولد أو أكثر، من انتقاض القسمة الأولى وانتقالها لقسمة أخرى. وأنّه لو مات أولاد الأعيان وأولادهم كلّهم رجع مراجع الأحباس لأقرب عصبة فقراء المحبّس.

- يبطل الوقف إذا كان على معصيةٍ، ككنيسةٍ والواقف مسلماً، أو صرف غلته على خمر، أو شراء السلاح لقتال حرام، أو على حربيّ. وتقدم صحته على ذمّيّ، وسواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً. كما يصحّ الوقف من ذمي على كنيسة، سواء على مرمتها أو على المرضى بها، كما هو قول ابن رشد. ودليل بطلان الوقف على معصية: قوله تعالى: ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ۝٩٠﴾ [النحل: 90].

وتقدم الحكم إذا عرا الوقف عن المعصية، ولم تظهر فيه قربة.

- يبطل الوقف إذا كان على نفسِ الواقف ولو مع شريك غير وارث، كقوله: أوقفته على نفسي مع فلان، فإنه يبطل ما يخصّه وكذا ما يخصّ الشريك. إلا إذا حازه الشريكُ قبل المانع؛ فإن كان شائعاً، فإن حاز الجميع قبل المانع صحّ له منابه، وإلّا فلا. والدليل على عدم صحة التحبيس على النفس[2]: القياس على الهبة؛ لأنّ من ملك شيئاً بجهة من جهات الملك لم يملك أن ينقله إلى نفسه بغير تلك الجهة، أصله إذا وهب لنفسه شيئاً من ماله.

وأمّا ما روي أنّ عمر بن الخطاب ﷺ كان يأكل من ثمر حبسه بخيبر، وأنّ عثمان ﷺ قال في بئر رومة التي اشتراها وتصدق بها: دلوي فيها كدلاء المسلمين. فالجواب عن فعل عمر أنّه يحتمله أن يكون أكله بالشراء أو بحق القيام؛ وعن فعل عثمان أنّه وقف عام - لم يخصّ به فقراء دون غيرهم - فيجوز أن يدخل في العموم ما لا يدخل في الخصوص[3].

فإن أوقفه الواقف على نفسه ثم على أولاده وعقبه رجع حبساً بعد موته على

---

(1) أقرب المسالك: 2/ 302.

(2) الإشراف: 2/ 673، والمعونة: 3/ 1602، والمنتقى: 6/ 122، والذخيرة: 6/ 311.

(3) الذخيرة: 6/ 311.

عقبه، إن حازوا قبل المانع، وإلا بطل. هذا إن أوقف في صحته. فإن أوقف في مرضه صحّ، إن حمله الثلث، ورجع الأمر للتفصيل المتقدم في مسألة أولاد الأعيان.

- يبطل الوقف إذا كان على شرط أن يكون النظر للواقف؛ فإنه يبطل لما فيه من التحجير، ولمنافاته للحوز[1]، هذا إن حصل مانع له. فإن اطلع قبل حصول مانع كان صحيحاً، وأجبر على جعل النظر لغيره. إلّا إذا كان وقفه على محجوره، فله النظر.

- يبطل الوقف إذا جُهِل سبقه لدين، إنْ كانَ الوقف على محجُورِهِ. وأولى إذا علم تقدّم الدين على الوقف. وهذا فيما إذا حازه الواقف لمحجوره، مع وجود الشروط الثلاثة المتقدمة: من الإشهاد، وصرف الغلة، وكون الوقف غير دار سكناه، وإلا بطل ولو علم تقدّمه على الدين. والمعنى: أنْ من وقف على محجوره وقفاً وحازه له بالشروط المتقدمة؛ وكان على الواقف دين ولم يعلم هل الدين قبل الوقف أو بعده، فإن الوقف يبطل، ويباع للدين تقديماً للواجب على التبرع عند الجهل مع ضعف الحوز، ولذا لو حازه للمحجور أجنبي بإذن الولي لصح ولم يبطل عند جهل سبقه للدين؛ كالولد الكبير والأجنبي يحوز لنفسه قبل المانع فلا يبطل بجهل السبق بل بتحققه. وأما لو حاز المحجور لنفسه، فهل يعتبر حوزه فلا يبطل الوقف عند جهل السبق؟ قال الشيخ الدردير: وهو الصحيح، سفيهاً كان أو صبياً، وقد تقدم.

فإن تحقق تقدّم الوقف على الدين فلا يبطل، وتتبع ذمّة الواقف بالدين.

وإن كان الوقف على غير محجوره ففي العلم بتقدم الدين على الوقف البطلان؛ وفي العلم بتقدم الوقف على الدين عدم البطلان؛ وفي الجهل بذلك عدم البطلان إن حازه الموقوف عليه قبل المانع.

- يبطل الوقف إذا لم يخل الواقف بين الناسِ وبين الموقوف الذي يطلب فيه الإخلاء للناس، كمسجدٍ ورباط ومدرسة، قبل المانع؛ فإنه يبطل إذا حصل للواقف مانع وهو باق على حجره وتحت حوزه، ويكون ميراثاً. فإن أخلى قبل المانع صح لأن الإخلاء المذكور حوز حكمي.

- يبطل الوقف من كافر لقربة من القرب الإسلامية، كمسجدٍ ورباط ومدرسة، فإذا حبس ذمّي داراً على مسجد أو أرسل ذهباً للكعبة فإنّها تردّ إليه. ووجه المنع[2]:

أ - أنّ أموال الوقف أطهر الأموال وأطيبها، وأموال الكفار أبعد عن ذلك، فيجب أن تنزّه المساجد عنها.

ب - حتى لا يكون للكافر فضل ومنّة على القرب الإسلامية.

وأما وقف الذمي على كنيسة فإن كان على مرمتها أو على المرضى بها فالوقف

---

(1) الذخيرة: 6/ 329.

(2) المنتقى: 6/ 123، والذخيرة: 6/ 312.

صحيح معمول به. فإن ترافعوا إلينا حكم بينهم بحكم الإسلام، أي: من إمضائه. وإن كان على عبادها حكم ببطلانه كذا نقل عن ابن رشد.

ما يكره في الوقف:

- يكره الوقف على بني الواقف الذكور دون بناته لصلبه. فإن وقع مضى ولا يفسخ على الأصح، وهو مذهب المدونة. ومقابله ما مشى عليه الشيخ خليل من أنه لا يجوز - أي: يحرم - ويفسخ إن وقع، وهو قول ابن القاسم في العتبية. ومحلّ الخلاف في أمرين:

الأول: إذا حصل الوقف على البنين دون البنات في حال الصحّة، وحصل الحوز قبل المانع. وأما لو كان الوقف في حالة المرض فباطل اتفاقاً ولو حيز؛ لأنّه عطية لوارث؛ أو كان في حال الصحة وحصل المانع قبل الحوز، كما لو بقي الواقف ساكناً فيه حتى مات، فباطل اتفاقاً أيضاً.

الثاني: ما لم يحكم بصحته حاكم ولو مالكياً، أي: يحكم بصحة الوقف على البنين دون البنات في حال الصحّة، وإلّا صحّ اتفاقاً؛ لأنّ حكم الحاكم يرفع الخلاف.

ووجه بطلان الوقف على البنين دون البنات على القول به[1]:

أ - ما علّل به الإمام مالك بأنّه من عمل الجاهلية. أي: يشبه عملهم؛ لأنّ أهل الجاهلية كانوا إذا حضر أحدهم ورّثوا الذكور دون الإناث، فصار فيهم حرمان الإناث دون الذكور، فالوقف على هذا الوجه يشبه عمل الجاهلية. وقد جاء ذلك في قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا ۖ وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ ۚ سَيَجْزِيهِمْ وَصْفَهُمْ ۚ إِنَّهُ حَكِيمٌ عَلِيمٌ ﴿١٣٩﴾﴾ [الأنعام: 139].

ب - ما جاء من كراهة تفضيل بعض البنين في العطية، لا سيما مع ما فيه من شبه فعل أهل الكفر.

والكلام هنا في بني الواقف وبناته لصلبه، وأما بنو بنيه دون بنات بنيه، فيصحّ وقفه اتفاقاً. كما يصحّ اتفاقاً الوقف على بناته دون بنيه.

وجوب اتباع شرط الواقف:

يجب اتباع شرط الواقف إن جاز. سواء كان شرطه باللفظ أو بالكتابة. والمراد بالجواز ما قابل الممنوع، فيشمل المكروه وذلك كتخصيص الذكور دون الإناث، وكفرش المسجد بالبسط، وكأضحية عنه كلّ عام بعد موته. فإن لم يجز لم يتبع. ودليل وجوب اتباع شرط الواقف: أنّ المال ماله، ولم يأذن في صرفه إلّا على وجه

---

(1) المنتقى: 6/ 123، والذخيرة: 6/ 302.

مخصوص، والأصل في الأموال العصمة[1].

وذكر الإمام القرافي أنّه ينبغي أن يخفّف الواقف شروطه، وأن لا يضيّق على متناوله؛ لأنّه وسيلة إلى أكل الحرام بمخالفتها، وتيسيرها من باب الإحسان، فيكون أبلغ في الأجر، وقد تقدم ذكر حبس عمر ﷺ وكيف وسّع فيه[2].

ومن الشرط الجائز ما يلي:

- اشتراط تخصيص أهل مذهبٍ من المذاهب الأربعة بصرف الغلة لهم، أو بتدريس في مدرسته، أو بكونه إماماً في مسجده.

- اشتراط تخصيص ناظرٍ معيّن. بأن شرط الواقف أن فلاناً ناظر وقفه، فيجب اتباع شرطه، ولا يجوز العدول عنه لغيره. وليس له الإيصاء بالنظر لغيره، إلا أن يجعل له الواقف ذلك. وحيث مات الناظر والواقف حيّ جعل النظر لمن شاء. وإن كان ميتاً فوصيه إن وجد، وإلا فالحاكم. وللناظر عزل نفسه.

فإن لم يجعل الواقف للوقف ناظراً فالمستحق إن كان معيناً رشيداً، هو الذي يتولّى أمر الوقف، وإذا كان المستحق المعين أكثر من واحد وكانوا رشداء، فإنّه يقرع بينهم. فإن لم يكن المستحقّ رشيداً فوليه.

وإن كان المستحق غير معين كالفقراء فالحاكم يولّي من شاء، وأجرته من ريعه. وكذا إن كان الواقف على مسجد ونحوه، فإنّ الحاكم يولّي عليه من يشاء ممن يرتضيه، إن لم يكن الواقف حياً ولا وصي له.

- اشتراط تبدئَةِ شخص يعينه من المستحقين بكذا من غلة الوقف، ثم يقسم الباقي على البقية، فيجب العمل به لأن شرط الواقف كنص الشارع.

- اشتراط أنه إنْ احتاجَ منْ حبس عليه إلى البيع من الوقف باعَ، فيعمل بشرطه. ولا بد من إثبات الحاجة والحلف عليها، إلا أن يشترط أن يصدق بلا يمين.

- اشتراط أنه إنْ تسوّرَ على الوقف ظالمٌ رجعَ الوقف ملكاً له إن كان حيّاً، أو ملكاً لوارثه إن مات، أو ملكاً لفلان. فإنه يعمل بشرطه.

ورود لفظ الواقف بإطلاق:

إذا أطلق الواقف فلم يحدد جنس المنتفع ونصيبه، فيحمل على التسوية بين الذكر والأنثى، كما إذا قال: داري - مثلاً - وقف على أولادي أو أولاد زيد، ولم يبيّن تفضيل أحد على أحد، فإنّه يحمل على تسوية الأنثى بالذكر في المصرف؛ لأنّ التسوية هي الأصل[3]. فإن قيد بشيء عمل به.

---

(1) الذخيرة: 6/ 326.

(2) الذخيرة: 6/ 322.

(3) الذخيرة: 6/ 329.

حكم تصرف الناظر عند انعدام كتاب الوقف:

واعلم أنّ الواقف إذا مات وعدم كتاب الوقف، فإنّه يقبل قول الناظر في الجهات التي يصرف عليها إن كان أميناً. وإذا ادعى الناظر أنه صرف الغلة صدّق إن كان أميناً، ما لم يكن عليه شهود في أصل الوقف، فلا يصرف إلّا باطلاعهم، ولا يقبل بدونهم. وإذا ادعى أنه صرف على الوقف مالاً من عنده صدّق من غير يمين إن لم يكن متهماً، وإلا فيحلف. ولو التزم حين أخذ النظر أن يصرف على الوقف من ماله إن احتاج، لم يلزمه ذلك وله الرجوع بما صرفه. وله أن يقترض لمصلحة الوقف من غير إذن الحاكم ويصدّق في ذلك.

مرجع الوقف عند انقطاعه بانقطاع المحبّس عليه ـ في الوقف المؤبد ـ:

إذا انقَطَعَ الوقف المؤبَّد على جهة، بانقطاع الجهة التي وقف عليها، رجع حبساً لأقرب فقراء عَصَبَةِ المُحبّسِ؛ فيقدم الابن، فابنه، فالأب، فالأخ، فابنه، فالجد، فالعم، فابنه. ولا يدخل فيه الواقف ولو فقيراً. ودليل رجوع الوقف لأقرب فقراء عصبة المحبس[1]: أنّ الصدقة على الأقربين أولى منها على الأباعد، وفيها يجتمع الصلة وسدّ خلّة الفقراء؛ لما رواه أنس قال: لما نزلت هذه الآية ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: 92] قال أبو طلحة: أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك يا رسول الله أني قد جعلت أرضي بريحاً لله. قال: فقال ﷺ: «اجعلها في قرابتك» قال: فجعلها في حسان بن ثابت وأبي بن كعب، وفي رواية قال: «اجعلها لفقراء أقاربك»[2].

ودليل عدم دخول المحبّس وأنّ الحبس لا يعود على محبّسه[3]:

أ ـ أنّ رجوعها إليه من الرجوع في الصدقة، وهو منهي عنه.

ب ـ أنّ الأصل في الحبس المؤبّد ألّا يرجع ما حبّسه المحبّس إلى ملكه؛ لأنّ لفظ التحبيس دال على إزالة ملكه عن منافعه على التأبيد فلا رجوع له إليه، إلا إذا قيّده بمدّة أو بمعيّنين كما سيأتي في الوقف الغير المؤبّد. وإذا لم يرجع إليه فإنّه يرجع على وجه الحبس إلى من يستحق ذلك يوم المرجع؛ لأنّها منافع لا تورث عنه وإنما تؤخذ عنه على وجه الحبس، فيأخذها من يستحقها بعد انقراض المحبس عليهم المسمّين في الحبس.

فإن كان الأقرب غنياً فلمن يليه في الرتبة، كما إذا لم يوجد، أي: فيقدّر هذا

---

(1) المعونة: 3/ 1601، والمنتقى: 6/ 132، والمقدمات: 2/ 421.

(2) أخرجه البخاري في الوصايا، باب إذا وقف أو أوصى لأقاربه؛ ومسلم في الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين.

(3) المنتقى: 6/ 132، والمعلم: 2/ 354.

الغني عدماً. ووجه إلغاء الغني ولو كان قريباً أنّ إيثار ذوي الفقر والحاجة هو مقصود الصدقات والأحباس[1].

ورجع حبساً أيضاً لأقرب امرأةٍ من فقراء أقارب المحبّس، لو خلقت ذكرَاً لكانت عصبة، كالبنت والأخت والعمة. ووجه دخول المرأة أنّ الحبس إنّما يصرف إلى العصبة الفقراء على وجه الصلة وسدّ الخلة، والمرأة من أحق الناس بذلك[2].

ويستوي في الرجوع الذكرُ والأنثى. ولو شرط الواقف في أصل وقفه على المحبس عليهم للذكر مثل حظ الأنثيين أو عكسه؛ لأن مرجعه ليس بإنشائه حتى يعمل فيه بشرطه الذي شرطه، وإنما حكم به الشرع عند انقطاع الحبس عليهم، فيعتبر الأصل والأصل في إطلاق الوقف التسوية بين الموقوف عليهم. إلّا إذا قال: فإن انقطع الوقف رجع لأقرب فقراء عصبتي فللذكر مثل حظ الأنثيين؛ فإنّه يعمل بشرطه في المرجع؛ لأنّ المرجع صار بذلك في معنى المحبّس عليه.

ولا يرجع الوقف لأنثى لو كانت ذكراً لم تعصب، كبنتِ بنتٍ، بخلاف بنت الابن.

ضيق الوقف المؤبّد عن الكفاية:

إذا ضَاقَ الوقف عن الكِفَايةِ في الغلة الناشئة عنه، قُدّمَ الأقرب من الإناثِ فلا يدخل معهن الأبعد من العصبة. فإذا كان له بنات وإخوة وضاق الوقف عن كفاية الجميع قدم البنات؛ أي: اختصصن بما يغنيهن لا إيثارهن بالجميع، ولو زاد على ما يكفيهن. وأما المساوي للأنثى فيشاركها مطلقاً، قال ابن هارون: المشهور أن البنت إن كانت مساوية للعاصب شاركته في السعة والضيق، وإن كانت أقرب منه قدمت عليه في الضيق، وإن كانت أبعد منه قدم العاصب عليها في السعة والضيق.

واعلم أنّ الأقسام ثلاثة: مشاركة في الضيق والسعة إذا تساوى النساء مع العصبة كأخ وأخوات، وعدم المشاركة في الضيق والسعة إذا كان النساء أبعد من العاصب كأخ وعمة، ومشاركة في السعة دون الضيق إذا كان النساء أقرب.

فالحاصل أنّه إذا ضَاقَ الوقف عن الكِفَايةِ، فإن كانوا ذكوراً فقط قدّم في الكفاية الأقرب فالأقرب. وإن كنّ إناثاً فقط اشتركن سعة وضيقاً، إلّا البنات فيقدمن في الضيق. وإن كنّ ذكوراً وإناثاً فإن كان الذكور أقرب قدّموا على الإناث سعة وضيقاً؛ وإن كانوا متساوين اشترك الكلّ سعة وضيقاً على المعتمد؛ وإن كان الإناث أقرب اشترك الكل في السعة وعند الضيق تقدم البنات.

وإنْ وَقَفَ على مُعيَّنين كزيد وعمرو وخالد، وأن يكون الوقف بعدهم للفقراء،

---

(1) المنتقى: 6/ 126.

(2) المنتقى: 6/ 132.

فنصيبُ كل منْ ماتَ من المعينين يكون للفقراء، لا للحي منهم، وسواء قال: حياتهم، أم لا. ووجه كون الباقي يكون للفقراء ولا يرجع للحيّ منهم أنّ الواقف نصّ على الفقراء فيها؛ وأنّه لمّا كان الوقف فيها مستمراً احتيط لجانب الفقراء، فكان لهم نصيب كلّ من مات.

وأما لو قال: وقف على أولادي وأولادهم، سواء قال: الطبقة العليا تحجب السفلى أم لا، فإن من مات من الطبقة العليا انتقل نصيبه لولده وإلا فلإخوته؛ كذا أفتى ابن رشد بناء على الترتيب في الوقت باعتبار كل واحد على حدته، كأنه قال: على فلان ثم ولده، وعلى فلان ثم ولده وهكذا. فكل من مات انتقل نصيبه لولده لا لإخوته، فيكون معنى الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى من فرعها دون فرع غيرها. ومعنى: على أولادي ثم على أولادهم، أي: على ولدي فلان ثم من بعده على ولده إلى آخر ما تقدم. وخالفه ابن الحاج وقال: بل يكون نصيب من مات لإخوته، بناء على أن الترتيب باعتبار المجموع، أي: لا ينتقل للطبقة الثانية إلا إذا لم يبق أحد من الأولى، انتهى. وهذا إذا لم يصرح بشيء أو لم يجر العرف به، وإلا عمل عليه لأنّ ألفاظ الواقف مبناها على العرف، والعرف عندنا بمصر على فتوى ابن رشد.

مرجع الوقف الغير المؤبّد:

إذا لم يُؤبَّد الوقف؛ فلا يخلو إما أن يقيّد بشيء أو لا؟ فإن قُيِّدَ بحيَاتِهم أو حياة الواقف أو حياةِ زيد؛ أو قيّد بأجلٍ كعشرة أعوام، والحال أنّ الوقف على معيّنين كقوله: وقفته على أولادي أو على أولاد فلان مدة حياتهم، أو مدة حياة الواقف إلى آخره؛ فمن مات منهم فنصيبه لبقية أصحابه حتى ينقرضوا. ثم إذا انقرضوا ولم يبق منهم أحد يَرجِعُ الوقف مِلكاً لربّه أو لوارثه إن مات. ووجه رجوعه هنا إلى مالكه أو وارثه أنّ التقييد بالحياة على معيّنين يعتبر هبة منافع وقعت بلفظ التحبيس، فإذا كانت داراً فهو عمرى؛ لأنّ التقييد بالحياة قرينة على ذلك[1]، كما سيأتي.

وأمّا لو كان الوقف على غير معيّنين كالفقراء، فلا يعود على مالكه ولا إلى وارثه؛ لأنّ من وقف عليهم لا يتأتى انقطاعهم، بل هو باقون فيبقى الوقف ما بقوا[2].

وإذا لم يقيّد بشيء ممّا تقدم بأن أطلق الواقف، فيرجع نصيب من مات للباقي من أصحابه، وبعد انقراض جميعهم فيرجع مرجع الأحباس، لأقرب عصبة المحبس من فقرائهم، ولامرأة لو فرضت ذكراً عصبت إلى آخر ما تقدم. فإن لم يكن له عصبة أو انقرضوا فللفقراء بالاجتهاد من الناظر. ووجه رجوع نصيب من مات للباقي من أصحابه

---

(1) الذخيرة: 6/ 324.

(2) المعلم: 2/ 353، وإكمال الإكمال: 4/ 614.

ولا يرجع ملكاً أو مراجع الأحباس إلّا بانقراض جميعهم، أي: لماذا لم يرجع نصيب من مات منهم مراجع الأحباس وهم فقراء عصبة المحبس؟؛ والجواب أنّه لمّا كان يرجع ملكاً احتيط لجانب الموقوف عليهم، ليستمر الوقف بتمامها طول حياتهم؛ ولأنّ الواقف لم ينصّ على الفقراء، بل إنّما الرجوع بحكم الشرع بعد انقراض الموقوف عليهم. ومن هنا افترقت هذه المسألة عن التي قبلها، وهي: «إن وَقَفَ على مُعيَّنين كزيد وعمرو وخالد، وأن يكون الوقف بعدهم للفقراء».

مرجع الوقف عند خراب الموقوف عليه:

إذا حبس على شيء، كقنطرة ومسجد ومدرسة، وخربت هذه ولم يرج عودها في مثلها حقيقة إن أمكن؛ رجع الحبس في قنطرة أخرى أو مسجد آخر أو مدرسة أخرى. فإن لم يمكن ففي مثلها نوعاً أي: في قربة. فإن رجي عودها وقف لها، ليصرف في ترميمها وتجديدها وما يتعلق بإصلاحها.

ومن حبس على طلبة العلم بمحلّ عيّنه، ثم تعذّر ذلك المحل، فإنّ الحبس لا يبطل بل ينقل لمثله.

إصلاح الوقف والنفقة عليه وعدم جواز بيعه إذا كان عقاراً ولو خرب:

إذا كان للوقف غلّة فيجب على الناظر أن يبدأ بإصلاح الوقف منها إن حصل به خلل؛ وأن ينفق عليه منها إن كان يحتاج لنفقة كالحيوان، وإن شرط الواقف خلافه فلا يتبع شرطه في ذلك؛ لأنّه خلاف سنّة الوقف، ولأنّه يؤدّي إلى إتلافه وعدم بقائه[1]، وهو لا يجوز.

وإذا لم يكن للوقف ريع وحصل به خلل كدار، وأبى ساكنها الموقوف عليه الإصلاح بعد أن طلب منه، فإنّه يخرج لتكرى لأجل أن تكرى للإصلاح بذلك الكراء، فإذا أصلحت رجعت بعد مدة الإجارة للموقوف عليه. فإن أصلحها ابتداء لم يخرج. وهذا إذا لم يكن للوقف ريع. أي: كما لو وقف داراً على فلان يسكن فيها. وأمّا لو جعل واقف المسجد بيتاً من بيوته الموقوفة لإمام ونحوه يسكن فيه، فإنّ إصلاحه من ريع الوقف، لا على الإمام ونحوه، ولا يكرى البيت لذلك.

ويرد على الإكراء للإصلاح سؤال، وهو إنّ إكراءها تغيير للحبس؛ لأنّها لم تحبس إلّا للسكنى لا للكراء؟ والجواب أنه لو سلّم أنّها لم تحبس إلّا للسكنى؛ لأنّ المحبّس يعلم أنّها تحتاج للإصلاح، ولم يوقف لها ما تصلح به، فبالضرورة يكون آذناً في كرائها لغير من حبست عليه عند الحاجة لذلك.

---

(1) الذخيرة: 6/ 329.

وعن الإمام اللخمي أنّ نفقة الوقف ثلاثة أقسام:

الأول: دور الغلة ـ أي: الكراء ـ والحوانيت والفنادق، وهي تصلح من غلتها.

الثاني: دور السكنى، يخير من حبست عليه بين إصلاحها وإكرائها بما تصلح بها منه؛ حفظاً لأصل الوقف.

الثالث: البساتين إن حبست على من لا تسلّم إليه، بل تقسم غلتها عليه، وتساقى أو يستأجر عليها من غلتها. وإن كانت على معينين هم يلونها بالنفقة عليها والإبل والبقر والغنم كالثمار.

وأمّا دواب الجهاد والرباط، فإنّ النفقة عليها من بيت المال، ولا يلزم المحبس نفقتها، ولا يلزم أيضاً المحبّس عليه سواء كان معيّناً أو غير معيّن، ولا تؤاجر لينفق عليها من غلتها؛ فعلى السلطان أو نائبه إجراء النفقة عليها من بيت مال المسلمين. وإن لم يكن بيت مال أو لم يمكن التوصل إليه بيعَت وعُوّضَت به سلاحٌ ونحوه مما لا نفقة له؛ لأنّه أقرب لغرض الواقف.

فإن كانت مما وقف على معين، أي: في غير الجهاد بل ينتفع الموقوف عليه به في أمور نفسه، فإنّ نفقته على الموقوف عليه.

وكذلك يباع ـ إذا كان غير عقار ـ ما لا يُنتفعُ به فيما حبس عليه وينتفع به في غيره، إذ شرط المبيع الانتفاع به. ومن ذلك الذي لا يُنتفعُ به فيما حبس عليه وينتفع به في غيره، الثوب والحيوان وكتب علم تبلى أو لا ينتفع بها في تلك المدرسة، فتباع ويجعل الثمن في مثله كاملاً إن أمكن، أو في جزء من ذلك الشيء إن لم يمكن شراء كامل، بأن يشارك به في شيء. فإن لم يمكن تصدق بالثمن.

فيباع فَضلُ الذُّكور، أي: ما زاد عن الحاجة للنزو أو غيره؛ وما كبر ـ بكسر الباء[1] ـ من الإناث؛ ويجعل ثمنها في إناث لتحصيل اللبن والنتاج منها ليدوم الوقف؛ يعني أن من أوقف شيئاً من الأنعام بألبانها وأصوافها وأوبارها، فنسلها كأصلها في التحبيس. فما فضل من ذكور نسلها عن النزو وما كبر من إناثها فإنه يباع ويعوّض عنه إناث صغار لتمام النفع بها في النسل واللبن. والدليل على جواز بيع الحيوان إذا كبر وخيف عليه العطب والهلاك أو فضل عن الحاجة[2]: أنّه إذا لم يكن فيه منفعة في الحال ولا في المرتقب في الوجه الذي حبس عليه، لم يكن في تبقيته فائدة إلا تعريضه للتلف وهو فساد، وذلك غير جائز لأنّ إضاعة المال منهي عنها. وفي بيعه إمكان الانتفاع به في غير ما حبس فيه كالحمل والطحن.

---

(1) كبر بالفتح يكون في المعاني، قال تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ﴾، والفتح فمعناه الطبل الكبير.

(2) المعونة: 4/ 1595، والمنتقى: 6/ 131، والذخيرة: 6/ 328.

أمّا العقار المحبّس فلا يجوز بيعه ولا يصح، وإنْ خرِبَ ـ بكسر الراء ـ وصار لا ينتفع به. وسواء كان داراً أو حوانيت أو غيرها. فلا يباع ولو بغيره من جنسه، كاستبداله بمثله غير خرب فلا يجوز. ولا يجوز بيع نقضه من أحجار أو أخشاب؛ فإن تعذر عودها فيما حبست فيه جاز نقلها في مثله على ما تقدم. ودليل عدم جواز بيع العقار(1):

أ ـ أنّ في بيعه إبطال شرط الواقف وحلاً لما عقده، وذلك غير جائز.

ب ـ أنّ العمارة تنتقل من مكان إلى آخر، فلم يكن في تبقيته على خرابه إتلاف له لجواز عودة العمارة إليه.

ج ـ أنّ في بيعه إبطالاً لحقّ من جعل له فيه حق بعد خرابه.

هذا في الوقف الصحيح، وأما الباطل كالمساجد والمدارس التي بناها الملوك والأمراء بقرافة مصر، ونبشوا مقابر المسلمين وضيقوا عليهم، فهذه يجب هدمها قطعاً، ونُقضُها محلّه بيتُ المال يصرف في مصالح المسلمين، فتباع لذلك أو يبنى بها مسجد في محلّ جائز أو قنطرة لنفع العامة. ولا تكون لوارثهم إذ هم لا يملكون منها شيئاً، وأنّى لهم ملكها وهم السماعون للكذب الأكالون للسحت، يكون الواحد منهم عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء وهو كلّ على مولاه، فإذا استولى بظلمه على المسلمين سلبهم أموالهم وصرفها فيما يغضب الله ورسوله، ويحسبون أنّهم مهتدون. وأمّا ما رتبوه عليها من الوظائف فيجوز تناوله بوصف الاستحقاق من بيت المال، ولو لم يعمل بما رتب فيه من أذان أو قراءة أو تدريس أو نحو ذلك.

وأما مساجدهم ومدارسهم التي بوسط البلد فنافذة لأنها من مصالح المسلمين.

وإذا منع بيع الوقف وأنقاضه ـ ولو خرب ـ فهل يجوز للناظر إذا تعذّر عوده من غلة وأجرة أن يأذن لمن يعمّره من عنده على أنّ البناء يكون للباني ملكاً وخلواً، ويجعل في نظير الأرض حكراً يدفع للمستحقين أو لخدمة المسجد؟ أفتى الناصر اللقاني بالجواز، وعليه الأجهوري وأتباعه. وهذا هو الذي يسمى خلواً، لا ما يفعله أهل مصر من المفاصلة التي تقدم بعضها. وكثيراً ما يقع من النظار بيع مواقف المسجد وخلواته ليتوصلوا بذلك إلى الاستيلاء على نفس المساجد ويدخلون فيها دوابهم، وبالجملة متى أمكنهم شيء فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون.

ويستثنى من منع بيع العقار المحبس، إذا بيع لتوسيع مسجدٍ جامع فيجوز؛ أو توسعة مقبرةٍ أو طريقٍ لمرور الناس، فيجوز بيع الوقف لذلكَ ولو جَبراً على المستحقين أو الناظر. وإذا كان ذلك في الحبس فالملك أولى. وسواء كان الوقف على معيّنين أو

---

(1) المعونة: 3/ 1594، والمنتقى: 6/ 131.

غيرهم. ودليل الجواز[1]:

أ ـ فعل السلف، فقد عملوا ذلك في مسجده ﷺ.

ب ـ ترجيح المنفعة العامة على المنفعة الخاصة، والنفع في توسيع المسجد والمقبرة والطريق عام أعمّ من نفع الدار المحبّسة. وعلى هذا فإنّ الإنسان المجاور للمسجد يجبر على بيع داره لتوسعته إذا ضاق.

واختلف في معنى الجامع، هل هو كلّ مسجد للجمعة أو للجماعة وهو ظاهر سماع ابن القاسم، وهو قول سحنون، بناء على أنّه إذا جاز توسيع الطريق به فأولى مساجد الجماعات[2]؛ أو هو الذي تقام فيه الجمعة إن احتيج لذلك لا في مساجد الجماعات، إذ ليست الضرورة فيها كالجوامع، وهو قول مالك والأخوين وأصبغ وابن عبد الحكم. ووجه القول الثاني أنّ الأحباس إنّما تغير إلى المنافع العامة دون الخاصة، وذلك في مثل الجوامع، وأما مساجد القبائل ـ أي: الأحياء الصغيرة ـ فإنّها خاصّة، وهي يصحّ أن يوجد في البلد الواحد منها كثير، فمتى ضاق مسجد بني بالقرب منه مسجد يتسع فيه[3]. وهذا مبني على عدم صحة تعدد جوامع الجمعة.

ويؤمر المستحقون وجوباً بجَعلِ ثَمَنِهِ في حبسٍ غيرِهِ، ولا يجبرهم الحاكم على ذلك. وذكر المسناوي في فتوى أبي سعيد بن لبّ أنّ ما وسع به المسجد من الرباع لا يجب أن يعوّض فيه ثمن، إلّا ما كان ملكاً أو حبساً على معيّن؛ وأمّا ما كان حبساً على غير معيّن كالفقراء فلا يلزم تعويضه، أي: دفع ثمن فيه؛ لأنّه إذا كان على معيّن لم يتعلّق به حقّ لمعيّن، وما يحصل من الأجر لواقفه إذا دخل في المسجد أعظم ممّا قصد تحبيسه لأجله أوّلاً.

واعتمد الإمام مالك على منع بيع العقار ولو خرب على ما رآه من بقاء أحباس السلف دائرة، وهو دليل على منع ذلك. وروى أبو الفرج عنه رواية أخرى أنه إن رأى الإمام بيع ذلك لمصلحة جاز، ويجعل ثمنه في مثله، وهو مذهب أبي حنيفة[4].

وإذا أُتلف الحبس، فإنّ من أتلفه يلزمه القيمة ويشترى بها مثله أو جزءاً منه. وهذا ظاهر إن كان غير عقار. وأما العقار فيعاد بقيمته فنُقضُه وقف؛ فيقوّم سالماً ومهدوماً، ويؤخذ من متلفه قيمة النقص يقوم بها مع النُقْض الحبس.

حكم من بنى مسجداً ثم باعه[5]:

من بنى مسجداً في قرية، وحبسه وصلّي فيه، ثم باعه أو تصدق به على من هدمه

---

(1) الذخيرة: 6/ 331.
(2) المنتقى: 6/ 130.
(3) المنتقى: 6/ 130.
(4) المنتقى: 6/ 130، وبلغة السالك: 2/ 308.
(5) المنتقى: 6/ 130.

وبناه داراً؛ فإن البيع أو التصدق يفسخ، ويردّ البناء إلى ما كان عليه من الحبس؛ لأنّ المسجد خرج لله فلا يباع ولا يغير؛ لأنّه من الأحباس اللازمة، بل هي أوكدها؛ لأنّ الله تعالى أضافها إليه في قوله: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَآ أُوْلَٰٓئِكَ مَا كَانَ لَهُمْ أَن يَدْخُلُوهَآ إِلَّا خَآئِفِينَ لَهُمْ فِي ٱلدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١١٤﴾﴾ [البقرة: 114].

ويمنع من تملك مسجداً بعد انتهاء أمد تحبيسه من استدامة تملكه على الصورة التي بني عليها مسجداً، لما في ذلك من السيئة والذريعة إلى تملك المساجد. كما يمنع من أراد بناء مجسد من أن يعدل عن البناء الذي تبنى عليه المساجد.

وما كان في المساجد من بيت الماء أو بيت لزيته وحصره وآلته وسلاسله وقناديله وبنيانه وجذوعه ما انكسر منها، فإن ذلك تبع له وتردّ إليه.

بناء مسجد في مقبرة عفت[1]:

إذا عفت مقبرة، فلا بأس أن يبنى فيها مسجد. ويجوز التوسع في مقبرة بأن يدفن الموتى في أرض المسجد. ووجه الجواز أنّ الحبسين لله تعالى لا يتعلق به حقّ لغيره، فلا بأس بصرف منافع بعضها إلى بعض، وليس في ذلك شبه بالبيع.

تناقل حبسين على رجلين[2]:

إذا حبس على كلّ واحد من رجلين حبس منفرد، لم يجز لهما أن يتناقلاه؛ لأنّ الحبس عقد لازم فلم يصحّ فيه المبايعة، والمناقلة نوع من المبيع.

ألفاظ الواقف وما تتناوله:

- لفظ «الذُّرِيَّة» في قوله: ذريتي أو ذرية فلان، يتناول: الحافد، وهو ولد البنت فيدخل الأولاد وأولادهم ذكوراً وإناثاً. ودليل دخوله: قوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ وَأَيُّوبَ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ وَأَيُّوبَ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ﴾ [الأنعام: 84، 85]، والآية في شأن إبراهيم عليه السلام. ووجه الاستدلال أنّه تعالى جعل عيسى عليه السلام من ذريته، وإن لم يكن ولد ابن وإنما هو ولد بنت[3].

- لفظ: «ولد فُلانٍ وفُلانة الذكور والإناث وأولادهم» يتناول الحافد.

- لفظ: «ولدي الذكور والإناث وأولادهم» يتناول الحافد؛ لأنّ نصّ على الإناث مع الذكور ثم نص على أولادهم، فدخل ولد البنات بالنصّ من لفظ الواقف لا بالتأويل.

---

(1) المنتقى: 6/ 130.
(2) المنتقى: 6/ 130.
(3) المنتقى: 6/ 124، والذخيرة: 6/ 356.

- لفظ: «أولادي وأولادهم» يتناول الحافد.

- لفظ: «وَلَدِي وَولد وَلدِى»، فلا يتناول الحافد، بل أولاده ذكوراً وإناثاً، وأولاد أولاده الذكور دون الإناث، رواه ابن وهب عن مالك ورجحه ابن رشد في المقدمات.

وقال أبو الحسن: يدخل في ولدي وولد ولدي: الحافد، وتأوّل كلام الإمام مالك. قال ابن غازي: وهو المشهور. ونقل القرافي أنّه كان القضاء به في الأندلس[1].

- لفظ: «أولادي وأولاد أولادي»، لا يدخل الحافد على الراجح، وقيل بدخوله كالذي قبله.

والدليل[2] على ما رجحه ابن رشد من عدم دخول الحافد - ولد البنت - في لفظي «وَلَدِي وَولد وَلدِى»، و «أولادي وأولاد أولادي»:

أ - أنّ الولد في عرف الشرع لا يقع حقيقة إلّا على من يرجع نسبه إليه من ولد الأبناء دون ولد البنات، ويكون له الميراث، يدلّ على ذلك الإجماع على أنّ ولد البنات لا ميراث لهم فلا يدخلون في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: 11]، وكذلك قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾، ولا خلاف أنّ ولد الولد يؤثّر في ردّ الأم إلى السدس، ولا تأثير في ذلك لولد البنات.

ب - قياس الوقف على الميراث.

ج - أنّ العرف لا يتناوله، فالعرف مقصور على الذكر، وإن كان في اللغة عاماً.

ودليل من قال بدخول الحافد[3]:

أ - قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ﴾ [النساء: 23]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى لمّا حرم البنات، فحرمت بذلك بنت البنت، فدلّ ذلك على وجوب دخولها في حبس أبيها إذا حبس على ولده.

ب - عن أبي بكرة أنّ رسول الله ﷺ قال في الحسن بن علي رضي الله عنهما: «إنّ ابني هذا سيّد، ولعلّ الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين»[4]. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ سمّى ابن بنته ابناً.

وردّ ابن رشد على هذا الاستدلال بأنّ ولد البنت وإن وقع عليه اسم ولد في اللغة لوجود معنى الولادة فيه، كما وقع على ولد الابن لوجود معنى الولادة، فإنّه ليس بولد

(1) الذخيرة: 6/ 354.
(2) المنتقى: 6/ 124، والمقدمات: 2/ 426، والذخيرة: 6/ 352.
(3) المنتقى: 6/ 124، والمقدمات: 2/ 426، والذخيرة: 6/ 352.
(4) أخرجه البخاري في الصلح، باب قول النبي ﷺ للحسن.

في الشرع، كما إنّ ولد الزنا ليس بولد في الشرع، وإن وقع عليه اسم ولد في اللغة لوجود معنى الولادة فيه؛ لأنّه قد تعرّف باسم الولد في الشرع من يستحق الميراث والنسب دون من لا يستحقّه.

وأمّا القرافي فردّ بأنّ دخول البنت في التحريم في الآية من باب المجاز، ولا يلزم من حمل اللفظ على المجاز في صورة حمله عليه في صورة أخرى. وكذلك الحديث محمول على المجاز، ولو حملت آية المواريث على المجاز مثله للزم ترك العمل بالدليل فيها.

وذكر ابن رشد أن الولد يطلق على ثلاثة أقسام:

الأول: يطلق من جهة اللغة والشرع، وهو الولد الذي ثبتت له أحكام الشريعة من الموارثة والنسب.

الثاني: يطلق من جهة اللغة خاصة، وهو الولد الذي يوجد فيه معنى الولادة، ولا تثبت له أحكام الشريعة، فهو ولد على الحقيقة في اللغة. ويدخل فيه قول النبي ﷺ في الحسن بن علي رضي الله عنهما: «إنّ ابني هذا سيّد». ويدخل أيضاً قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: 23]، إلّا أنّه حملت الأمهات والبنات على العموم في كلّ من يقع عليه اسم أمّ أو بنت في اللغة بوجود معنى الولادة فيه، فحرمت أمّ الأم وإن علت، وبنت البنت وإن سفلت. ووجه حمل الآية على العموم اللغوي أنّه لا أحد قائل بأنّ بنت البنت محرمة بغير القرآن.

وأمّا عدم دخول ولد البنت في الميراث وفي هذه المسألة في الوقف فهو بما ثبت بالسنة والإجماع من تخصيص الأولاد في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ﴾ بمن ينتسب إلى الرجل دون من لا ينتسب إليه، أي: من أولاده الذكور دون الإناث؛ وبالولد الشرعي دون غيره.

الثالث: يطلق مجازاً لا حقيقة، كأولاد الأدعياء؛ وكالرجل يقول للصبي الأجنبي: يا ولدي، يريد تقريبه، وما أشبه ذلك[1].

- لفظ: «بنيّ وبني بنيّ»، بتشديد الياء، فلا يدخل الحافد.
- لفظ: «نسلي». لا يدخل فيه الحافد.
- لفظ: «عقبي». لا يدخل فيه الحافد.

ووجه عدم تناول الحافد في النسل والعقب، أنّ العرف لا يتناوله فيهما، فالعرف مقصور على الذكر وإن كان في اللغة عاماً. فإذا كان العرف عندهم شموله دخل؛ لأنّ مبنى هذه الألفاظ العرف.

---

(1) المقدمات: 2/ 426.

ثم الألفاظ المتقدمة التي ذكرنا فيها أنها تتناول الحافد، قال بعضهم: وإن سفل. ورده الشيخ البناني بأنه ليس بصحيح، لقول ابن رشد في المقدمات ما نصه: ولو كرر التعقيب لدخل ولد البنات إلى الدرجة التي انتهى إليها المحبس على ما ذهب إليه الشيوخ. ثم استظهره وقال: إنه المعمول به، وتبعه أبو الحسن واقتصر عليه ابن عرفة والقرافي وغيرهما. وجرى به العمل قديماً وحديثاً.

هذا وإنّ لفظ الحافد في العرف مقصور على ولد البنت. والذي يفيده تفسير المفسرين لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً﴾ [النحل: 72] أنّ المراد بهم أولاد الذكور وأولاد البنات. وفي القاموس: السبط ولد الولد، ظاهره ذكراً كان أو أنثى، فهو مرادف للحفيد.

ـ لفظ: «الإخوة». كـ«وقف على إخوتي أو إخوة زيد»، فيتناول الأنثى منهم من أي جهة كانوا، لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: 11]، فالإخوة هنا الذين يسقطون الأم من الثلث إلى السدس، كانوا ذكوراً أو إناثاً، أشقاء أو لأب أو لأم[1].

ـ لفظ: «رجالُ إخوتى ونساؤهم» يتناول الصغيرَ منهم ذكراً وأنثى.

ـ لفظ: «بني أبي». يتناول إخوته الذكور، أشقاء أو لأب دون الأخوات، ويتناول أولادهم الذكور خاصة. ويدخل أيضاً ابن الواقف دون بناته لتعبيره ببني.

ـ لفظ: «آلي وأهلي» يتناول العصبةُ الذكور، وكلّ امرأة لو فرضت رجلاً عصبت، كالبنت وبنت الابن والعمة دون بنت البنت والخالة.

ـ لفظ: «أقاربي أو أقارب فلان» يتناول أقارب جِهَة أبيه وجهة أمه، مطلقاً ذكوراً وإناثاً، كان من يقرب لأمه في جهة أبيها وأمها أي: ذكوراً وإناثاً. هذا هو المشهور، وقال ابن حبيب: وهو قول جميع أصحاب مالك. وقال ابن القاسم: لا يدخل الخال والخالة ولا قرابته من قبل أمه إلا إذا لم يكن له قرابة من جهة الأب، أي: حين الإيقاف. والمعتمد دخول الجهتين وإن كانوا ذميين.

ـ لفظ: «قومه» يتناول عصبته الذكور فقط لا النساءُ، ولو من فرضت رجلاً عصبت، إذ القوم حقيقة في الذكور دون النساء؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ عَسَىٰٓ أَن يَكُونُواْ خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا نِسَآءٌ مِّن نِّسَآءٍ عَسَىٰٓ أَن يَكُنَّ خَيْرًا مِّنْهُنَّ﴾ [الحجرات: 11]. ووجه الاستدلال أنّ الله تعالى فرق بين القوم والنساء، فدل على أنّ القوم هم الرجال[2].

ـ لفظ: «الطفلُ والصبيُّ والصغيرُ» يتناول كلّ لفظ كل من الألفاظ منْ لم يَبْلغْ، فإن بلغ فلا شيء له.

---

(1) الذخيرة: 6/ 358.

(2) المنتقى: 6/ 125، والذخيرة: 6/ 358.

ـ لفظ: «الشابُّ والحدثُ» يتناول من البلوغ أي: من بلغ لتمام الأربعين أي: لتمامها، فإن تمّ الأربعين فلا شيء له.

ـ لفظ: «الكَهلُ» يتناول من تمام الأربعين لتمام الستين.

ـ لفظ: «الشَّيخُ» يتناول منْ فوق الستين لآخر العمر، وليس فوق الشيخ شيء.

وما ذكر من الطفل وما بعده يشمل الأنثى، فلا يختص بالذكر. وكذلك لفظ «الأراملِ» فإنه يشمل الأنثى؛ لأن المراد الشخص الأرمل أي: الخالي من زوج.

ـ لفظ: «في سبيل الله»، فهو للغزو. فالطاعات كلّها سبل وطرق إلى الله تعالى، غير أنّ الغزو أشهر في عرف الشرع، فتعيّن حمل اللفظ عليه. ويجوز أن يصرف في الربط[1].

ملكية ذات الوقف:

ملكُ ذاتِ الوقف مبتدأ باق للواقف، دون الغلة كالأجرة واللبن والصوف والثمرة. والدليل على بقاء ملكية ذات الموقوف للواقف[2]:

أ ـ قوله ﷺ في حديث عمر بن الخطاب المتقدم: «إن شئت حبست أصلها»، وهذا يقتضي تبقية الأصل على ما كان عليه من ملك صاحبها له.

ب ـ القياس على العارية؛ لأنّ المالك تصدّق بالمنافع وألزم نفسه ذلك، وليس في هذا إخراج الأصل عن ملكه كالعارية.

ج ـ أنّ الأصل استصحاب ملك العين المملوكة لصاحبها بحسب الإمكان، وإذا اقتضي سبب نقل ملك أو إسقاطه قصر ذلك على أدنى الرتب فلا يرقّى إلى أعلاها، والوقف هاهنا يقتضي الإسقاط، فاقتصر بأن يكون الإسقاط على المرتبة الدنيا وهي المنافع دون الرقبة، جمعاً بين سبب نقل الملك وقاعدة الاستصحاب.

ولا ينتقل الموقوف إلى ملك الموقوف عليهم، والدليل[3]:

أ ـ أنّ النبي ﷺ أشار على عمر بن الخطاب بالتحبيس، والتحبيس ينفي نقل الملك؛ لأنّ من ملّك غيره شيئاً لا يقال حبسه.

ب ـ أنّه بنقل الملك يكون لا فرق بين الأصل وبين الثمرة، وقد ثبت أنّ الثمرة تخرج عن ملكه إلى ملك الموقوف عليهم، دون أن يكون لهم الحق في التصرّف في الأصل بالبيع والهبة ونحو ذلك في حياتهم وبعد مماتهم، فدلّ على أنّ الأصل لا يكون ملكاً لهم.

---

(1) الذخيرة: 6/ 360.

(2) الإشراف: 2/ 672، المنتقى: 6/ 121، والذخيرة: 6/ 328.

(3) الإشراف: 2/ 672.

وكذلك لا ينتقل ملك الموقوف عن المالك إلى غير مالك ـ أي: إلى الله تعالى ـ؛ لأنّ كلّ ما لا يصحّ بيعه لا بدّ له من مالك[1].

وله إن كان حيّاً أو لوارثِهِ إن مات منعُ مَن أراد إصلاحَه، إذا احتاج للإصلاح؛ لأنّه ليس لأحد أن يتصرّف في ملك غيره إلا بإذنه، ولأنّ إصلاح الغير مظنّة الضرر. وهذا إذا أرادوه إصلاحه بأنفسهم؛ وإلا فليس لهم المنع. كما ليس للإمام أيضاً منع من أراد التبرع بإصلاح الوقف؛ لأنّه من التعاون على الخير.

ومحلّ كون الملك للواقف فإنّه في غير المساجد، وأمّا هي فقد ارتفع ملك الواقف عنها قطعاً، لاتفاق العلماء على أنّ الوقف من باب إسقاط الملك.

ما يجوز لناظر الوقف فعله:

يجوز للناظر أن يكري الوقف السَّنَة والسنتين، لغير من مرجع الذات الموقوفة له، إنْ كان الوقف أرضاً للزراعة وقفت على مُعَيَّنٍ كزيد أو عمرو أو أولادي.

وإن لم يكن الوقف على معين ـ بأن كان على الفقراء أو العلماء أو نحو ذلك ـ أو كانت على مسجد، فيجوز الكراء الأربعة من الأعوام لا أكثر، إذ لا خراب يلحقها. وذلك إذا لم يشترط الواقف مدّة وإلا عمل عليها كثرت أو قلت.

هذا إذا لم يكن مرجع الوقف للمكتري ولا ضرورة أن يكرى.

ويجوز أن يكريها لمن مرجعُها له وقفاً أو ملكاً العَشرة من السنين لا أكثر لخفة الغرر فيه. وصورتها أنّ الواقف حبسها على زيد ثم ترجع بعده لعمرو ملكاً أو وقفاً، فجاز لزيد أن يكريها لعمرو عشرة أعوام.

ويجوز كراء الدور عاماً لا أكثر. كانت موقوفة على معيّنين أو على غير معيّنين. فإن دعت الضرورة لكرائها أكثر من سنة جاز لضرورةِ إصلاحٍ، كما لو انهدم الوقف فيجوز كراؤها بما يبنى به ولو طال الزمن كالأربعينَ سنة والخمسين لا أزيد، إلا لمصلحة. وهو خير من ضياعه واندراسه[2].

فسخ كراء الوقف:

لا يُفسخُ الكراءُ لوقف إذا وقع وجيبة ـ أي: مدّة معيّنة نقد الكراء أم لا ـ أو نقد المكرى المشاهرة، لأجل طروّ زيادة من آخر، إنْ وقعَ الكراء للأول بأجرة الْمِثلِ وقت العقد، فإن كانت وقت العقد أقل من أجرة المثل قبلت الزيادة وفسخ العقد الأول لها. ولو التزم الأول تلك الزيادة التي زيدت عليه لم يكن له ذلك، إلا أن يزيد على زيادة

---

(1) الإشراف: 2/ 673.

(2) انظر أيضاً الشرح الكبير وحاشيته: 4/ 96.

من زاد إذا لم يبلغ من زاد أجر المثل؛ فإن بلغها لم يلتفت بزيادة من زاد بعده.

وهذا محمول على غير المعتدة، فإنّها إذا كانت في محلّ وقف، ثم زاد شخص عليها أجرة المثل، وطلبت البقاء بالزيادة، فإنّها تجاب لذلك. واستظهر أنّه إذا كانت الزيادة عليها تزيد على أجرة المثل، وطلبت البقاء بأجرة المثل فقط، فإنّها تجاب لذلك.

قسمة كراء الوقف على المستحقين:

لا يجوز أن يقسم من أجرة الوقف على المستحقين إلا ما مضى زمنهُ. فلو أكرى الناظر داراً أو أرضاً مدة مستقبلة، فلا يفرق الأجرة إلّا بعد مضي المدّة، سواء قبض الأجرة من المستأجر بعد تمام المدّة أو عجلها المستأجر. فلو تعجل قبض أجرتها لم يجز قسمها على الحاضرين؛ وذلك خشْية موت من أخذَ فيؤدي إلى إعطاء من لا يستحق وحرمان غيره ممن يستحق؛ أو خشية طروّ مُستحق في تلك المدة فيحرم من حقه. وهذا إذا كان الوقف على معينين أو على خدمة مسجد أو على مدرّسين ونحوهم.

وأما إذا كان على فقراء فيجوز للأمن من إحرام مستحق وإعطاء من لا يستحق لعدم لزوم تعميمهم.

الأولى بالتقديم والتفضيل في الانتفاع بالوقف:

يفضَّل الناظر في غلّة الوقف والسكنى فيه أهل الحاجةِ وأهل العيالِ، بأن يزيده على غيره، إذا كان الوقف على غير معينين؛ كالفقراء وأبناء السبيل والغزاة وأهل العلم أو على قوم وأعقابهم أو على إخوة الواقف أو بني عمه. وأدخلوا أهل العيال وإن لم يكن ذا حاجة؛ لأنّه مظنّة الاحتياج. ووجه تقديم أهل الحاجة أنّ أصل الحبس إنّما يقصد به القربة والثواب لسدّ الخلّة ودفع الحاجة لأهل الحبس، فيجب أن يكون من اشتدّ حاجته أدخل في الاستحقاق ممن قلّ عنه، وذلك يقتضي القربة والثواب، إلّا أن يصرف عن ظاهره بشرط من الواقف[1].

ويكون التفضيل بالاجتهاد مما يقتضيه الحال، إلّا أنْ يُعيّنهم الواقف كفلان وفلان فلا تفضيل. ووجه عدم التفضيل في المعيّنين أنّ من حبس على معينين فقد قصد استيفاءهم والمساواة بينهم[2].

ولا يُخرجُ الساكن بالوقف إذا سكن بوصف استحقاقه، أو فضّل بالسكنى لحاجته، كان الوقف معقباً أم لا، فلا يخرج لأجل غيره ممن طرأ عليه، وإن اسْتغنى الأول، وذلك إذا كان الوقف على محصور كبني فلان، ووجه ذلك أنّ الأول سكن

---

(1) المعونة: 3/ 1604، والمنتقى: 6/ 126. (2) المنتقى: 6/ 126.

بحقّ فكان أحق بالحيازة والسبق[1]. ويستثنى فيقع إخراجه بأحد أمرين:

الأول: لشرطٍ من الواقف كأن يقول: ما دام فقيراً أو محتاجاً. ومثل الشرط: العرف والقرينة لقول ابن رشد: من حبس على الفقراء لفقرهم فسكن فقير أخرج إن استغنى.

الثاني: لسفرِ انقطاع أو سفرٍ بعيدٍ، فيسقط حقه من السكنى، والحاضر أولى منه بالسكنى لأنّ الغائب لا يمكنه سكناه ولا الانتفاع به على الوجه الذي حبس عليه[2]. والبعيد ما يحمل صاحبه على عدم العود. فإن جهل حال سفره حمل على سفر العود، ما لم تظهر قرينة على خلافه.

فإن لم يكن الوقف محصوراً، بل كان على فقراء أو طلبة العلم أو الشباب أو الأحداث، فإنّ من زال وصفه بعد سكناه يخرج؛ لأنّ الواقف علّق الانتفاع بوصف وقد زال، فيزول الاستحقاق بزواله.

ومثل السكنى في ذلك الغلّة.

إحداث الموقوف عليه بناءاً أو غرساً في الوقف:

إذا بنى مُحبسٌ عليه بناء في الوقف، أو غرسَ فيه شجراً، فإنْ ماتَ ولم يُبيّن أنّه وقف أو ملك؛ فهو وقفٌ ولا شيء فيه لوارثه. وإن بيّن أنه ملك فهو لوارثه، فيؤمر بنقضه وأخذ أنقاضه أو بأخذ قيمته منقوضاً بعد إسقاط كلفة لم يتولها كالأجنبي.

وهذا إذا كان الوقف لا يحتاج لما بناه، وإلا كان وقفاً ووفّى له ما صرفه من غلته؛ كالناظر إذا بنى أو أصلح، فإن لم يكن له غلة فلا شيء له ويعدّ متبرّعاً.

والحاصل أنّ الباني في الوقف إمّا محبّس عليه، أو أجنبي؛ وفي كلّ إمّا أن يبيّن قبل موته أنّ ما بناه ملك أو وقف، أو لم يبيّن شيئاً.

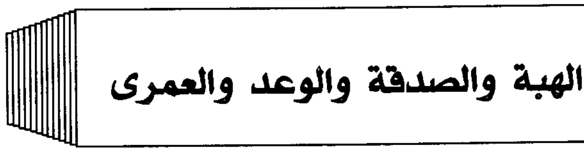
فإن بيّن قبل موته أنّه وقف كان وقفاً. وإن بيّن أنّه ملك كان له أو لوارثه كما تقدم.

وإن لم يبيّن كان وقفاً إن كان ذلك الباني محبّساً عليه. وله أو لوارثه إن كان أجنبياً. فالخلاف بين المحبّس عليه والأجنبي عند عدم البيان فقط.



(1) المعونة: 3/ 1604.

(2) المنتقى: 6/ 126.



الهبة والصدقة والوعد والعمرى

المناسبة بين هذا الباب وبين الوقف ظاهرة، وهي المعروف والخير ونفي العوضية. وأمّا هبة الثواب فهي كالبيع، ولذا ذكرت آخر الباب كالتبع.

الهبة والصدقة

الهبة من التبرعات المندوبة كالصدقة، لما فيه من المحبة وتأليف القلوب، وهذا إن صح القصد.

تعريف الهبة والصدقة:

الهِبةُ في اللغة مصدر وهب يهب. وهي العطية الخالية من الأعواض والأغراض. والاسم: الموهب والموهبة ـ بفتح الميم وسكون الواو وكسر الهاء ـ.

وتعريف الهبة شرعاً ـ بالمعنى المصدري ـ وهو فعل العبد: «تمليكُ منْ له التَّبرُّعُ، ذاتاً تُنقلُ شرعاً، بلا عوضٍ، لأهلٍ، بصيغةٍ أو ما يدلُّ».

وهذا التعريف شامل للصدقة.

شرح التعريف:

قوله: «تمليكُ منْ له التَّبرُّعُ» من إضافة المصدر لفاعله. أي: من له أن يتبرّع بالذات الموهوبة، فمن له ذلك فله أن يهب تلك الذات، ومن لا فلا.

قوله: «ذاتاً» خرج تمليك المنفعة كالإجارة، والإعارة، والوقف، والعمرى، والنكاح، والطلاق، والوكالة، فإنّه ليس في شيء من ذلك تمليك ذات.

قوله: «تُنقلُ شرعاً» خرج به ما لا يقبل النقل شرعاً. وسيأتي بيان ذلك في شروط الأركان.

قوله: «بلا عوض» خرج به البيع ومنه هبة الثواب.

قوله: «لأهلٍ» أي: مستحق.

قوله: «بصيغة» متعلق بتمليك، أي: تمليك مصاحب لصيغة. وتكون الصيغة صريحة.

قوله: «أو ما يدلُّ» أي: على التمليك، وإن معاطاة.

حكم الهبة:

الهبة مندوبة. والدليل[1]:

أ ـ عموم الآيات القرآنية والأحاديث القرآنية التي تحثّ على الإحسان وبذل المعروف والإنفاق وصلة ذوي القربى. فالهبة وصدقة التطوع داخلتان في هذا العموم.

ب ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها[2].

ج ـ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ لَا تَحْقِرَنَّ جَارَةٌ لِجَارَتِهَا وَلَوْ فِرْسِنَ شَاةٍ»[3]. وعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «تَهَادَوْا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ وَلَا تَحْقِرَنَّ جَارَةٌ لِجَارَتِهَا وَلَوْ شِقَّ فِرْسِنِ شَاة»[4]. قَوْلُهُ: (ولو شق فرسن شاة) بكسر الشين المعجمة، أي: نصيفه أو بعضه كقوله ﷺ: «اتقوا النار ولو بشق تمرة»، والفرسن ـ بكسر الفاء والسين المهملة بينهما راء ساكنة وآخره نون ـ هو عظم قليل اللحم، وهو للبعير موضع الحافر للفرس، ويطلق على الشاة مجازاً ونونه زائدة وقيل أصلية. وأشير بذلك إلى المبالغة في إهداء الشيء اليسير وقبوله لا إلى حقيقة الفرسن؛ لأنه لم يجر العادة بإهدائه، أي: لا تمنع جارة من الهدية لجارتها الموجود عندها لاستقلاله، بل ينبغي أن تجود لها بما تيسر وإن كان قليلاً فهو خير من العدم. وذكر الفرسن على سبيل المبالغة. ويحتمل أن يكون النهي إنما وقع للمهدى إليها، وأنها لا تحتقر ما يهدى إليها ولو كان قليلاً. وحمله على الأعم من ذلك أولى. وفي الحديث الحض على التهادي ولو باليسير لما فيه من استجلاب المودة وإذهاب الشحناء، ولما فيه من التعاون على أمر المعيشة، والهدية إذا كانت يسيرة، فهي أدل على المودة وأسقط للمؤنة وأسهل على المهدي لإطراح التكلف، والكثير قد لا يتيسر كل وقت، والمواصلة باليسير تكون كالكثير[5].

د ـ عن عطاء بن أبي مسلم قال: قال رسول الله ﷺ: «تصافحوا يذهب الغلّ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء»[6].

هـ ـ الإجماع، كما حكاه ابن راشد وغيره.

---

(1) الذخيرة: 6/ 258، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: 6/ 348، وشرح الزرقاني: 7/ 93.

(2) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها، باب المكافأة على الهدية.

(3) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها، باب؛ ومسلم في الزكاة، باب الحث على الصدقة.

(4) أخرجه الترمذي في الولاء والهبة، باب في حث النبي ﷺ على التهادي.

(5) تحفة الأحوذي: 5/ 416.

(6) أخرجه مالك في الجامع، باب ما جاء في المهاجرة.

والتمليك أو الإعطاء كالجنس يدخل تحته الهبة والصدقة، ويتغايران بقصد ثواب الآخرة وقصد وجه المعطى له.

فإذا كان المهدي قاصداً ثواب الآخرة، كان صدقة يثاب عليها. وإذا كان قاصداً وجه المعطى له، مستحضراً الحضّ الشرعي عليها كان هبة، يثاب عليها من الله تعالى. وكذلك إذا قصد ثواب الآخرة مع وجه المعطى له فصدقة. فإن قصد الرياء والمدح فلا ثواب له، وإن قصد التودّد للمعطى له غافلاً عن الحضّ الشرعي عليها فكذلك[1].

لزوم عقد الهبة والصدقة:

الهبة والصدقة من العقود اللازمة التي تلزم بالإيجاب والقبول، وليس للواهب والمتصدق الرجوع فيهما، ولو من غير حصول قبض، ولكن القبض شرط في نفوذهما وتمامهما. والدليل على لزوم عقدي الهبة والصدقة، وأنّهما يلزمان ولو لم يحصل حوز[2]:

أ ـ قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. ووجه الاستدلال أنّ الهبة عقد، فإذا حصل وجب الوفاء به. ولم تفرّق الآية في لزوم العقد بين القبض وعدمه.

ب ـ عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص؛ فسألت عن ذلك النبي ﷺ فقال له: «لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإنّ العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[3]. وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»[4]. وفي الحديثين نهي عن شراء المرء هبته وصدقته[5]. وحديث ابن عباس لم يذكر أنّه عقب نهي عن الشراء، بل هو كلام مبتدأ، فيحمل على الرجوع في الهبة بدون معاوضة. ووجه الاستدلال ما قاله الإمام ابن عرفة: إنّ القصد من التشبيه الذمّ وزيادة التنفير، وهو يدلّ على الحرمة. أي: وحرمة الرجوع في الهبة يدلّ على لزومها. ولم يفرّق الحديث في لزومها بين القبض وعدمه.

---

(1) بلغة السالك: 2/ 312، وحاشية الدسوقي: 4/ 97، ومنح الجليل: 8/ 174، وشرح الزرقاني مع حاشية البناني: 7/ 94.

(2) الإشراف: 2/ 673، والمعونة: 3/ 1607، والمنتقى: 6/ 94، 108، 110، والمعلم: 2/ 348.

(3) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها؛ باب لا يحلّ لأحد أن يرجع في هبته وصدقته؛ ومسلم في الهبات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدّق به.

(4) أخرجه البخاري في الهبة، باب لا يحلّ لأحد أن يرجع في هبته؛ ومسلم في الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض.

(5) إكمال الإكمال: 4/ 324.

ج ـ القياس على سائر العقود؛ لأنّهما عقدان كسائر العقود فلم يفتقر انعقادهما إلى قبض المعقود عليهما، كسائر العقود.

د ـ القياس على البيع؛ لأنّهما تمليك عين في حال الحياة، فوجب أن يلزما بمجرّد الإيجاب والقبول، أصله البيع.

هـ ـ القياس على الوصية؛ لأنّهما عطية فوجب أن يلزما بنفس القول وحصول صفة الإيجاب والقبول كالوصية.

ز ـ القياس على الوقف؛ لأنّهما عقد إرفاق وتبرّر فيجب أن يلزما بمجرّد القول أصله الوقف.

ح ـ قياس الهبة والصدقة الغير المقبوضتين على الهبة والصدقة المقبوضتين؛ لأنّه وجد فيهما الإيجاب والقبول.

ط ـ عن أبي غطفان بن طريف المري، أنّ عمر بن الخطاب قال: من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها؛ ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها[1]. ووجه الاستدلال أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرّق بين الهبة التي يقصد صاحبها القربة لا يجوز الرجوع فيها، والهبة التي يقصد صاحبها الثواب والمعاوضة من الموهوب له يجوز الرجوع فيها. وخص بالذكر ـ فيما لا يجوز الرجوع فيه ـ الهبة التي يقصد بها القربة ووجه الله تعالى؛ لأنّ الأصل أن تكون الهبة على هذا النحو.

شرط تمام الهبة ونفوذها:

يشترط لتمام الهبة ونفوذها الحوز، والدليل[2]:

أ ـ عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحبّ إليّ غنى بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك، وإني كنت نحلتك جادّ عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنّما هو اليوم مال وارث. وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله. قالت عائشة فقلت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكرّ ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية[3]. قوله: جاد عشرين وسقاً، أي: ما يجدّ منه هذا القدر. والجاد هنا بمعنى المجدود، أي: المقطوع.

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في الهبة.

(2) المنتقى: 6/ 94، والذخيرة: 6/ 228، 229.

(3) أخرجه مالك في الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل.

ومحلّ الاستدلال منه هو قوله: «فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنّما هو اليوم مال وارث». ووجه الاستدلال أنّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه لمّا وهب عائشة رضي الله عنها ما ذكر، وكانت هي لم تحز ما وهبها في صحته حتى حضرته الوفاة لم تتمّ لها الهبة، وانتقلت إلى حكم الميراث. فهو رضي الله عنه قد أعلمها أنّ ما يمنعه من إمضاء هبته لها ليس عدم إشفاقه عليها ومحبّته لها، وإنّما يمنعه من ذلك عدم حوزها لها حتى حضرته الوفاة.

ب ـ سدّ الذريعة؛ لأنّ نفاذ الهبة بعد حصول المانع وعدم الحيازة يؤدّي إلى إبطال حق الورثة، إذ كل من أراد أن يمنع ورثته من ميراثه أمكن له أن يتحيّل لذلك بالهبة لماله، ويبقيه بيده فلا يحوزه الموهوب له، وإذا توفي أخذه الموهوب له، فيكون في ذلك منع ما أوجبه الله تعالى من حقوق الورثة وتعدّ لحدوده في الميراث، فوجب أن يبطل.

أقسام الهبة[1]:

يكون للواهب بهبته ما نوى وقصد فيها، وأنّه لا يخلو في هبته من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يريد بها وجه الله تعالى ويبتغي عليها الثواب منه ﷻ؛ مثل أن يهب الغني للفقير، أو يهب لصلة رحم، وما أشبه ذلك؛ فهذه حكمها حكم الصدقة. ليس له الثواب من الموهوب له، وإنّما ثوابه من الله تعالى، ولا يكون فيها للأبوين الاعتصار، كما يأتي. وفي ذلك جاء قوله تعالى: ﴿مَّن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً ۚ وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ ﴿٢٤٥﴾﴾ [البقرة: 245]، وغيرها من الآيات. ويندرج تحت هذا القسم هبة عمر بن الخطاب فرسه.

ثانيها: أن يريد بها وجوه الناس، ليحمدوه عليها ويثنوا عليه من أجلها؛ مثل أن يهب هبة مرسلة على غير وجه صدقة ولا صلة رحم. فهذه لا منفعة له في هبته، فلا ثواب له في الدنيا من الموهوب له، ولا أجراً في الآخرة.

ثالثها: أن يريد بها الثواب من الموهوب له. ويتنوع هذا القسم من حيث قصد الواهب للثواب والعوض من الموهوب له ولزوم ذلك للموهوب له إلى أنواع، وسيأتي الحديث عن ذلك.

فالْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ لَا يَفْتَرِقَانِ إلَّا فِي مسائل قليلة:

أَحَدُها: أَنَّ الْهِبَةَ تُعْتَصَرُ وَالصَّدَقَةُ لَا تُعْتَصَرُ.

ثانيها: أَنَّ الْهِبَةَ يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِيهَا بِالشراء لمن يجوز له الاعتصار ـ أي: من الوالدين للابن ـ فلا منع من تملكها من جديد بالشراء، وَالصَّدَقَةُ لَا يَجُوزُ الرجوع فِيهَا وتملكها من جديد، وَلَوْ تصدّق بها على ابْنِهِ كَمَا سَينصُّ عَلَيْهِ بَعْدُ.

(1) المقدمات: 2/ 441، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: 6/ 348.

ثالثها: أنّ الهبة يجوز أن يطلب فيها العوض، والصدقة لا يجوز فيها ذلك.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ حَقِيقَتِهِمَا أَنَّ الْهِبَةَ لِلْمُوَاصَلَةِ وَالْوِدَادِ وَالصَّدَقَةَ لِابْتِغَاءِ الثَّوَابِ عِنْدَ اللهِ تَعَالَى، ويشتركان فِيمَا عَدَا الْحُكْمَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ.

أركان الهبة والصدقة وشروطها:

علم من تعريف الهبة، وكذلك الصدقة، أنّ أركانهما أربعة:

الأول: الواهب في الهبة، والمتصدّق في الصدقة. وشرطه أن يكون أهلاً للتبرع. فيخرج الصبي، والمجنون، والسفيه، والمرتدّ، ومن أحاط الدين بماله، والسكران، والمريض، والزوجة فيما زاد على ثلثهما، إلّا أنّ هبة المريض والزوجة فيما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على الوارث والزوج. وكذا من أحاط الدين بماله، فإنها موقوفة على رب الدين. بخلاف المجنون والسفيه والصغير والمرتدّ فباطلة.

وإنّما كانت باطلة في المجنون والسفيه والصغير؛ لأنّ الشأن في فعلهم عدم المصلحة، بخلاف المريض والزوجة والغريم، فإنّ الحجر لحقّ غيرهم لا لعدم المصلحة.

وأمّا بطلانها في المرتدّ فلزوال ملكه حال الردّة.

وهذا الشرط شامل للصدقة.

الثاني: الموهوب في الهبة، والمتصدّق به في الصدقة. ويشترط فيه شرطان:

1 ـ أن يكون مملوكاً للواهب أو للمتصدّق. فهبة الفضولي أو صدقته باطلة، بخلاف بيعه فإنّه صحيح وإن كان غير لازم. فيجوز للمشتري التصرّف في المبيع قبل إمضاء المالك البيع؛ لأنّ صحّة العقد ترتب أثره عليه من جواز التصرّف في المعقود عليه. والفرق بين بيع الفضولي وهبته أنّ بيعه في نظير عوض يعود على المالك، بخلاف هبته وصدقته وكلّ ما ليس فيه معاوضة كوقفه فلا تصحّ هذه ولو أجازها المالك.

2 ـ أن يكون مما يصح أن تنقل ملكيته، كما تقدم في التعريف. فيخرج ما لا يقبل النقل شرعاً كالاستمتاع بزوجة، فلا يقبل نقل ملكيته للغير بأي وجه من الأوجه الناقلة للملك شرعاً. ويخرج أيضاً الكلب الغير المأذون في اتخاذه، فلا يصحّ هبته ولا بيعه لكونه غير مملوك شرعاً.

ويدخل في هذا الشرط جلد الأضحية وكلب الصيد أو الحراسة ونحو ذلك، فإنّهما وإن لم يقبلا النقل بالبيع لكنّهما يقبلانه بالتبرّع الذي هو أعمّ من الهبة[1].

---

(1) حاشية الدسوقي: 4/ 98.

الثالث: الموهوب له في الهبة، والمتصدّق عليه. وشرطه أن يكون أهلاً لأن يملك ما وهب له. فيخرج بذلك الحربي، فلا تصحّ الهبة للحربي بأي شيء من الأموال، ما دام حربياً؛ لأنّه لا يجوز نفعه ولا التودّد إليه.

ويخرج به نحو هبة المصحف لذمّي، وأمّا هبة غير المصحف له فجائزة. والمراد بالذمّي ما عدا الحربي.

الرابع: الصيغة في الهبة والصدقة. وهي الإيجاب والقبول، قياساً على البيع. ولأنّ مقصود الشرع الرضا. وأيّ شيء دلّ على مقصود الشرع اعتبر[1].

فمتى وجدت الشروط صحت كلّ من الهبة والصدقة.

الهبة والتصدّق بالمجهول:

تصحّ الهبة بشروطها وإنْ كانَتْ مجهولةً جنساً أو قدراً، حيث حصل القبول، كقول الواهب: وهبتك ما في يدي أو بيتي أو هذه الدنانير. أي: فلا يشترط أن يكون الموهوب معلوماً، فيجوز أن يكون مجهولاً، والدليل[2]:

أ ـ عموم النصوص المرغبة في الهبة والصدقة، فلم تشترط العلم بالموهوب.

ب ـ قياس المجهول على المعلوم؛ لأنّها هبة لما تصحّ هبة جنسه، فأشبه المعلوم.

وعلى هذا فالغرر معفو عنه في الهبة خلافاً للبيع والإجارة. والفرق بين الأمرين أنّ البيع والإجارة ونحوهما عقود معاوضة، وقد نهى الشرع عن الغرر في عقود المعاوضة صوناً للمالية عن الضياع في أحد العوضين أو في كليهما؛ لأنّ المقصود فيها تنمية الأموال، فيكون الغرر مناقضاً للعقد فلذلك نهي عنه؛ وأمّا الهبة والصدقة والوصية وما لا معاوضة فيه، فهي بعيدة عن قصد التنمية، بل هي مخرجة للمال عن ملك صاحبها بدون عوض، فلا يناقضها الغرر، فلذلك جازت به[3].

ويجوز هبة المشاع والتصدّق به إن كان ممّا ينقسم كالعقار أو ممّا لا ينقسم كالحيوان، والدليل[4]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۚ﴾ [البقرة: 237]. ووجه الاستدلال أنّ العفو ها هنا ما يجب من النصف، فلم يفرق بين أن يكون الصداق مما ينقسم أو مما لا ينقسم.

ب ـ فعل أبي بكر الصديق ﷺ، فقد وهب ابنته عشرين وسقاً من ثمرة نخله، وذلك على الشياع.

---

(1) الذخيرة: 6/ 228.
(2) الإشراف: 2/ 1208.
(3) الذخيرة: 6/ 244.
(4) الإشراف: 2/ 674، والمعونة: 3/ 1604، والذخيرة: 6/ 229.

ج ـ لأنّ كلّ مشاع جاز بيعه جازت هبته وصدقته، قياساً على المقسوم.

الهبة والتصدّق بالدين:

تصحّ هبة الدَين لمن هو عليه ولغيره.

وهبة الدين إبراءٌ إنْ وُهبَ لِمنْ هو عليه، فلا بدّ من القبول؛ لأنّ الإبراء يحتاج للقبول بناء على أنّه نقل للملك، فيكون من قبيل الملك، وليس إسقاطاً للحق.

وظاهر المذهب جواز تأخير القبول عن الإيجاب.

وإن لم يهبه لمن هو عليه بل لغيره، فهو كرهن الدين[1]، ويشترط لصحته شرطان:

الأول: الإشهاد.

الثاني: دفع الوثيقة للموهوب له.

وأمّا الجمع بين من عليه الدين وبين الموهوب له فهو شرط كمال. وإنما شرط فيه هذه الشروط ليكون كالحوز.

ويؤخذ من صحة رهن الدين صحة التصرّف في الوظائف، أي: المرتبات، فينزل عنها صاحبها لغيره إن كان ذلك النزول من غير مقابلة شيء بل هبة، أمّا إن كان في مقابلة شيء يؤخذ فإن سلم من الربا جاز وإلّا منع.

الهبة والتصدق بجميع المال:

يجوز للمرء أن يهب أو يتصدّق بجميع ماله، ودليل الجواز[2]:

أ ـ ظواهر النصوص القرآنية والنبوية بالترغيب في الهبة والصدقة. فقد جاءت مطلقة غير مقيّدة بحدّ معيّن.

ب ـ إقرار النبي ﷺ لفعل الصحابة، فقد انخلع بعضهم ـ كأبي بكر الصديق ﷺ ـ من جميع أموالهم، وأنفقوها في سبيل الله تعالى، وقبلها النبي ﷺ منهم.

والجواز مقيّد بشرطين:

الأول: أن يكون ذلك في صحّته. وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَرِيضاً فَتَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِهِ.

الثاني: أن لَا يَمْنَعه وَلَدُهُ مِنْ ذَلِكَ مَخَافَةَ أَنْ تَعُودَ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ.

الثالث: أن يكون للمتصدّق أو الواهب ما يرجع إليه من صناعة أو حرفة، ليخلف

---

(1) صورة رهن الدين أن يشتري سلعة من زيد بعشرة لأجل، ويرهن المشتري عليها دينه الذي على خالد، فيجوز إن أشهد على الرهنية، وجمع بين البائع ومن عليه الدين، ودفع للبائع وثيقة الدين.

(2) المعونة: 3/ 1617، والمنتقى: 6/ 93، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: 6/ 348.

منها مالاً يردّه على نفسه وعلى عياله. فأمّا إن كان لا يرجع إلى ما يقوت به نفسه وعياله، فلا ينبغي له فعل ذلك؛ وقد منع النبي ﷺ سعد بن أبي وقاص أن يوصي بماله كلّه إبقاء على ورثته، فقال له: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»[1].

والمراد بِالْجَوَازِ المذكور خِلَاف الْأَوْلَى، أيْ: مَا لَمْ تَكُنْ نَفْسُهُ طَيِّبَةً بِذَلِكَ رَاضِيَةً لَا تَخْشَى ضَجَراً وَإِلَّا نُدِبَ والْأَفْضَلَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَا فَضَلَ عَنْ مُؤْنَتِهِ؛ وَمَا لَمْ يَتَرَتَّبْ عَلَى ذَلِكَ ضَيَاعُ عِيَالِهِ وَإِلَّا حَرُمَ، ومَا لم يَخْشَ اكْتِسَابَ مَالٍ حَرَامٍ بِتَصَدُّقِهِ بِكُلِّ مَالِهِ الْحَلَالِ وإلا حرم أيضاً.

الهبة والتصدق لبعض الولد[2]:

يُكْرَهُ كَرَاهَةَ تَنْزِيهٍ لِلشَّخْصِ ـ أباً أو أمّاً ـ أَنْ يَهَبَ لِبَعْضِ وَلَدِهِ أو يتصدّق عليه بكلّ مَاله أَوْ جُلّه، عَلَى مَشْهُورِ الْمَذْهَبِ. ولَا فَرْقَ فِي الْوَلَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى، وَلَا بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ، وَلَا بَيْنَ الْبَارِّ وَالْعَاقِّ، ولا بين الصحيح والمريض. وَإِذَا وَقَعَ ذَلِكَ مَضت الهبة بِشَرْطين:

الأول: بشرط وقوعها في حال صحته، وأن تقع الْحِيَازَةِ قَبْلَ مَوْت الواهب أَوْ مَرَضِه مرضاً مخوفاً متصلاً بالموت. فإن وقعت في حال مرضه أو وقعت في حال صحته وتأخر حوزها حتى مرض مرض الموت، فإنها تردّ لبطلانها لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ لِوَارِثٍ.

الثاني: أَنْ لَا يمْنَعَ مِنْ ذَلِكَ بَاقِي الْأَوْلَادِ فِي حَيَاةِ وَالِدِهِمْ مَخَافَةَ أن يطَالبهم بِنَفَقته، وَإِلَّا رُدَّتْ.

وقد وردت أحاديث اختلف العلماء في طريق العمل بها، ومنهج الإمام مالك هو إعمال جميعها، قال صاحب المفهم: والجمع بين أحاديث الباب أولى من طرح بعضها ومن توهين الحديث بالاضطراب في ألفاظه[3].

وَالدَّلِيلُ على كراهة هبة الكل أو الجلّ[4]: عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ، فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً. فقال: «أكل ولدك نحلت مثله؟»

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب الوصية في الثلث؛ والبخاري في الجنائز، باب رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة؛ ومسلم في الوصية، باب الوصية بالثلث.

(2) حاشية الصاوي: 2/ 305، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: 6/ 348، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: 6/ 390.

(3) إكمال الإكمال: 4/ 329.

(4) الإشراف: 2/ 675، والمعونة: 3/ 1616، والمنتقى: 6/ 92، والذخيرة: 6/ 288.

قال: لا، قال: «فارتجعه»[1].

وَوَجْهُ الاستدلال على الكَرَاهَةِ في هبة الكلّ والجلّ أَنَّ النَّبِيّ ﷺ أَمَرَهُ بارتجاع الهبة والأمر محمول على الندب لا على الوجوب، وقال الإمام مالك: إنّ ذلك فيما أرى لم يكن له مال غير ذلك الغلام[2]. ويؤيّد حمل الحديث على كراهة هبة الكل والجلّ، لا على الحرمة ما يلي:

أ ـ ما جاء من رواية أخرى عن النعمان بن بشير قال: انطلق بي أبي يحملني إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أشهد أنّي قد نحلت النعمان كذا وكذا من مالي. فقال: «أكلّ بنيك قد نحلت مثل ما نحلت النعمان؟» قال: لا، قال: «فأشهد على هذا غيري» ثم قال: «أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء؟» قال: بلى، قال: «فلا إذاً»[3]. ووجه الاستدلال أنّ النبي ﷺ لما امتنع من الشهادة وأمره أن يشهد غيره، دلّ ذلك على أنّه لم يفسخ هبته، ودلّ على مطلق الإذن الشرعي بذلك؛ لأنّ النبي ﷺ لا يأذن بالإشهاد على باطل. وإنّما ندبه إلى استرجاع ما وهب كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض، ولو كان الأمر بالاسترجاع دليلاً على الفسخ لما أمره بأن يشهد غيره[4]. وأمّا وجه امتناع النبي ﷺ عن الشهادة، فلأنّ فعل البشير خروج عن الأكمل والأحسن، ومقام النبوّة يقتضي توقّي غير الأكمل والأحسن، فتوقى ذلك في نفسه ولم يوجب توقيه على غيره[5].

وعلى هذا فإنّ أمر النبي ﷺ له بارتجاع الهبة من ولده، يتفق مع ما شرعه ﷺ من جواز اعتصار الوالد الهبة من ولده، كما سيأتي، وأنّه ﷺ لمّا رأى أنّ هبة الرجل وقعت مكروهة وكانت على وجه يجوز للواهب اعتصارها؛ لأنّها لم تفت بما تفوت به الهبات، أمره باستدراك ذلك باعتصارها، ولو كان باطلاً لقال: هو مردود، والمردود لا يفتقر إلى ارتجاع المعطي[6].

ب ـ أنّ الأصل في تصرّف المكلف الصحيح الرشيد في ماله أنّه نافذ شرعاً، لا اعتراض لأحد عليه في ماله.

ج ـ القياس على الهبة للأجنبي؛ لأنّه صحيح رشيد.

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل؛ والبخاري في الهبة وفضلها، باب الهبة للولد؛ ومسلم في الهبات، باب تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(2) المنتقى: 6/ 92.

(3) أخرجه بهذا اللفظ مسلم في الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(4) المنتقى: 6/ 93، والذخيرة: 6/ 288.

(5) المعلم: 2/ 350، وإكمال الإكمال: 4/ 329.

(6) المنتقى: 6/ 92، والمعلم: 2/ 350، وإكمال الإكمال: 4/ 329.

وَعِلَّةُ الْكَرَاهَةِ في هبة الكل والجلّ أَنَّ عَطِيَّةَ الْأَبِ كُلَّ مَالِهِ أَوْ جُلَّهُ لِبَعْضِ الْأَوْلَادِ يُؤَدِّي إِلَى عُقُوقِ الْبَاقِينَ وَحِرْمَانِهِمْ، وَيُؤَدِّي إِلَى تَبَاغُضِهِمْ، وَالْمَطْلُوبُ المستحبّ الْحِرْصُ عَلَى الْمُوَاصَلَةِ وَالْمُوَادَّةِ وَالْعَدْلِ بَيْنَهُمْ[1]، وَلِذَا جَاءَ فِي الحديث قوله ﷺ: «أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء؟» قال: بلى، قال: «فلا إذاً»، وفي بَعْضِ رواية قوله ﷺ: «اتَّقُوا اللهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ» فعن النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فأتى رسول الله ﷺ فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله. قال: «أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟» قال: لا، قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» قال: فرجع فردّ عطيته[2]. وفي رواية عن النعمان بن بشير قال: تصدق عليّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول ﷺ، فانطلق أبي إلى النبي ﷺ ليشهده على صدقتي، فقال له رسول الله ﷺ: «أفعلت هذا بولدك كلهم؟» قال: لا، قال: «اتقوا الله واعدلوا في أولادكم» فرجع أبي فرد تلك الصدقة[3]. ووجه الاستدلال أنّ ظاهر الحديث يدلّ على خوف وقوع الأولاد في التقصير في برّ الوالد، وهذا لا يقتضي التحريم، وإنما الكراهة؛ كما إنّ الأمر بالعدل والإرجاع محمول على الندب[4].

وأمّا الجور الوارد في رواية عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: سألت أمي أبي بعض الموهبة لي من ماله، ثم بدا له فوهبها لي، فقالت: لا أرضى حتى تشهد النبي ﷺ، فأخذ بيدي وأنا غلام فأتى بي النبي ﷺ فقال: إنّ أمه بنت رواحة سألتني بعض الموهبة لهذا، قال: «ألك ولد سواه؟» قال: نعم، قال فأراه قال: «لا تشهدني على جور» وفي رواية: «لا أشهد على جور»[5]. فالمراد بالجور الميل والعدول عن الأكمل، أي: لا أشهد ولا يعقد بين يدي إلّا الأكمل. ويتأكّد حمل الروايات على الكراهة أنّ والد النعمان كان يعرف منه الميل إلى أمّ النعمان، فكأنّه ﷺ فهم منه الفرار بماله عن بعض ولده، فخرج عن طريق المعروف إلى طريق الضرر، ويشهد لذلك ما يلوح من قول امرأته: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ[6].

وَمِثْلُ الْإِعْطَاءِ الْمَذْكُورِ فِي الْكَرَاهَةِ قِسْمَتُهُ عَلَيْهِمْ بِالسَّوِيَّةِ إِذَا كَانَ فِيهِمْ ذُكُورٌ

---

(1) الإشراف: 2/ 676، والمعونة: 3/ 1616، والمنتقى: 6/ 93.
(2) أخرجه بهذا اللفظ البخاري في الهبة وفضلها، باب الإشهاد في الهبة.
(3) أخرجه بهذا اللفظ مسلم في الهبات، باب تفضيل بعض الأولاد في الهبة.
(4) إكمال الإكمال: 4/ 329.
(5) أخرجه البخاري في الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور؛ ومسلم في الهبات، باب تفضيل بعض الأولاد في الهبة.
(6) المعلم: 2/ 350، وإكمال الإكمال: 4/ 329.

وَإِنَاثٌ. وَأَمَّا لَوْ كَانُوا ذُكُوراً فَقَطْ أَوْ إِنَاثاً فَقَطْ فَلَا كَرَاهَةَ، كَمَا لَا كراهة في قِسْمَته بَيْنَهُمْ عَلَى أَنَّ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ. واختار القاضي عبد الوهاب أنّ لا كراهة في التسوية بين الذكور والإناث وأنّ ذلك مستحبّ، واستدل على ذلك بما يلي[1]:

أ ـ عن ابن عباس قال، قال رسول الله ﷺ: «سوّوا بين أولادكم في العطية، فلو كنت مفضّلاً أحداً لفضّلت النساء»[2].

ب ـ القياس على التسوية في أصل العطية؛ لأنّه لما استحبّ أن يساوي بينهم في أصل العطية كذلك يستحب التسوية بينهم في مقدارها.

وَأَمَّا هبة الشَّيْءُ اليسير مِنْ ماله لبعض ولده فَذَلِكَ جائز من غير كراهة. ويصدق اليسير بالنصف، أي: بما عدا الجلّ. والدليل على جواز هبة اليسير[3]:

أ ـ أنّه فعل الصِّدِّيقُ ﷺ، وَبِهِ قَالَ عُمَرُ وَعُثْمَانُ ﷺ. وهذا دليل على وقوع تخصيص من الشارع لهبة اليسير من عموم الكراهة. فعن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحبّ إليّ غنى بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك، وإني كنت نحلتك جادّ عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنّما هو اليوم مال وارث. وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله. قالت عائشة فقلت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكرّ ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية[4]. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ خصّ عائشة ﷺ بالهبة دون إخوتها، وكان قد وهبها ثمرة نخل بمقدار عشرين وسقاً، وهو يسير بالنسبة لكلّ نخله وباقي الثمرة. إِلَّا أَنَّ هِبَتَهَا لَمْ تَتِمَّ لِأَنَّها تَأَخَّرَتْ عَنْ حَوْزِهَا حَتَّى مَرِضَ مَرَضَ الْمَوْتِ فَبَطَلَتْ الْهِبَةُ لَهَا. وقد دلّ فعل أبي بكر على جواز إيثار الرجل أحد أولاده بالهبة دون غيره لفضله عليهم أو برّه بوالديه، فقد قال لها: «والله يا بنية ما من الناس أحد أحبّ إليّ غنى بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك». وقد نقل الباجي عن الإمام مالك في الرجل يكون له الولد فيبرّه بعضهم، فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره، لا بأس بذلك[5].

---

(1) الإشراف: 2/ 676.

(2) أخرجه البيهقي في الهبات، باب السنّة في التسوية بين الأولاد، والطبراني في المعجم الكبير: 10/ 49.

(3) الإشراف: 2/ 675، والمعونة: 3/ 1616، والمنتقى: 6/ 93، والمعلم: 2/ 350، والذخيرة: 6/ 288.

(4) أخرجه مالك في الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل.

(5) المنتقى: 6/ 94.

ب ـ أنّ الأصل في تصرّف المكلف الصحيح الرشيد في ماله أنّه نافذ شرعاً، لا اعتراض لأحد عليه في ماله. وإنما الاعتراض على المحجور عليه.

ج ـ القياس على الهبة للأجنبي؛ لأنّه صحيح رشيد.

ووجه انتفاء الكراهة في هبة اليسير أنّ العلّة التي من أجلها كرهت هبة الكلّ أو الجلّ تنتفي فيها، إذ لا تولّد هبة اليسير عداوة إذا علم باقي الأولاد أنّه قد بقي ما يعطى لهم أو يرثونه[1].

وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ لبعض الولد حكمهما واحد، لورود الحديث تارة بالصدقة وتارة بالعطية والنحلة.

انتقال ملكية الهبة للموهوب له:

تنتقل ملكية الهبة للموهوب له بقبوله الهبة على المشهور. ودليل اشتراط القبول: الإجماع. ووجه هذا الشرط أنّ الهبة من العقود التي تنقل الملك فافتقرت إلى القبول[2].

وللموهوب له طلب الهبة من الواهب إذا امتنع ولو عند الحاكم، ليجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الشيء الموهوب. فالقبول ركن في الهبة، وهذا لأنّ الهبة والصدقة من العقود اللازمة، وأمّا الحيازة فهي شرط فيهما. وقد تقدّم الدليل على لزومهما فيما سبق ولو لم يقع الحوز.

مبطلات الهبة:

تبطل الهبة بما يلي:

1 ـ بحصول مانع قبل حوزها من واهبها. والحوز يمنع من البطلان سواء وقع بإذن الواهب أو بغير إذنه. ووجه كون الحوز بغير إذن الواهب يعتبر حوزاً صحيحاً، أنّه إذا كان للموهوب له مقاضاة الواهب لإلزامه بالإقباض، فكذلك يصحّ إذا كان بغير إذنه[3].

ويكون المانعَ بما يأتي ذكره:

* بإحاطةِ دَيْنٍ بمال الواهب، ولو كانت الإحاطة بعد عقد الهبة، فالمراد ثبوت دين محيط على الواهب، كان سابقاً على الهبة أو لاحقاً.

* بجنون أو مرض، اتصل كلّ منهما بموت الواهب قبل الحوز.

* بموت الواهب قبل الحوز. فهو مبطل للهبة وإن لم يكن عليه دين، لانتقال

(1) المعونة: 3/ 1616، والمنتقى: 6/ 93. (2) الذخيرة: 6/ 241.

(3) المنتقى: 6/ 94، 101.

المال لغيره. وهذا معلوم بالأولى من الجنون والمرض المتصلين بالموت. فتبطل الهبة وإنْ مات الواهب قَبْلَ إيصَالِها للموهوب له، إن اسْتَصْحَبها الواهب معه في سفر أو أرْسَلَها له فإنها تبطل، وترجع ميراثاً إذا مات الواهب قبل إيصالها له، كان الموهوب له معيناً أم لا.

والأصل في بطلان الهبة بحصول المانع قبل الحوز ما يلي(1):

أ ـ ما تقدّم من أنّ أبا بكر الصديق ﷺ لمّا وهب عائشة ﷺ جادّ عشرين وسقاً، وكانت هي لم تحز ما وهبها في صحته حتى حضرته الوفاة أعلمها أنّ الهبة لم تتمّ لها، وانتقلت إلى حكم الميراث، بسبب عدم حوزها لها قبل مرضه.

ب ـ عن عبد الرحمن بن عبد القاري، أنّ عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسكونها، فإن مات ابن أحدهم قال: ما لي بيدي لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه. من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل(2).

ج ـ سدّ الذريعة؛ لأنّ نفاذ الهبة بعد حصول المانع وعدم الحيازة يؤدّي إلى إبطال حق الورثة، إذ كل من أراد أن يمنع ورثته من ميراثه أمكن له أن يتحيّل لذلك بالهبة لماله، ويبقيه بيده فلا يحوزه الموهوب له، وإذا توفي أخذه الموهوب له، فيكون في ذلك منع ما أوجبه الله تعالى من حقوق الورثة، فوجب أن يبطل.

والصدقة مثل الهبة تبطل بالمرض والموت قبل الحوز، ولا تكون وصية؛ لأنّه مريض ولم يجعلها صاحبها وصية(3).

ويشبه ما تقدم في البطلان ما يلي:

2 ـ بموتِ المُرْسَلِ إليه المعيّن قبل إيصالها له من ربّها إن استصحبها معه، أو أرسلها إليه مع رسوله، فتبطل إنْ لم يُشْهِدِ الواهب حين الاستصحاب أو الإرسال أنها لفلان. فإن أشهد أنها له فلا تبطل، ويستحقها وارثه. ومثل ذلك إذا لم تكن الهبة معيّنة له، بل حملها أو أرسلها له ولعياله فلا تبطل بموته.

3 ـ بهبتها من واهبها لشخص ثانٍ غير الأول، وحاز الثاني قبل الأول؛ فتكون للثاني ولو كان الواهب حياً لم يقم به مانع من موانع الهبة، وذلك لتقوّي جانب الثاني بالحيازة. ولا قيمة على الواهب للأول ولو جدّ في الطلب على المشهور.

وشمل هذا هبة الدين لغير من هو عليه، ثمّ هبته لمن هو عليه قبل قبض الأوّل

---

(1) المنتقى: 6/ 94، والمنتقى: 6/ 232.

(2) أخرجه مالك في الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل.

(3) الذخيرة: 6/ 237.

المصوّر بالإشهاد ودفع وثيقة الحق؛ أي: فإذا أشهد على هبته الدين لغير من هو عليه ودفع إليه الوثيقة، لزم المدين أن يدفع الدين له.

وشمل أيضاً طلاق امرأة على براءتها من مؤخر صداقها، ثمّ تبيّن أنّها وهبته قبل ذلك، فإن كانت أشهدت أنّها وهبته لأجنبي ودفعت له وثيقة الصداق طلّقت بائناً، ولزم الزوج دفع مؤخره للموهوب له المذكور؛ وإن كانت لم تشهد ولم تدفع الوثيقة للأجنبي فإنّ الزوج يسقط عنه ببراءتها له منه، ويطلق عليه.

4 ـ باشتراط الواهب على الموهوب له ألّا يبيع ولا يهب. وكذلك في الصدقة؛ لأنّه شرط مناقض لمقتضى العقد، وهو التمليك التام والتصرّف التام في الملك. ويستثنى السفيه والصغير فيجوز اشتراط ذلك عليهما إلى البلوغ والرشد؛ لأنّه مقتضى حالهما[1].

ولا تبطل الهبة ببيع واهبها قبل عِلْم الموهوبِ له بالهبة، وكذا بعد علمه ولم يفرط في حوزها، بأن جدّ في طلبها. وإذا لم تبطل خُيّر الموهوب له في رد البيع ويأخذ الشيء الموهوب، وفي إجازته وأخذ الثمن.

فإن باعها واهبها بعد علم الموهوب له، ولكنّه فرط في حوزها، مضى البيع. وإذا مضى فللموهوب له الثمنُ، وهو قول مطرف وهو الراجح. وقيل: الثمن للواهب، وهو قول أشهب وهو ضعيف. وكلّ من القولين روي عن الإمام مالك.

هبة الوديعة:

إذا أودع رجل وديعة عند آخر، ثمّ وهب المودع ـ بكسر الدال ـ الوديعة للمودع ـ بفتح الدال ـ فحصل للواهب مانع من موت أو غيره، فلا تُقْبَلُ دعوى المودَع ـ بفتح الدال ـ أنه قَبلَ الهبة قبل حصول المانع. ولا بد من بينة تشهد له بالقبول قبله. ولا عبرة بحوزه الأول لكونه كان فيه أميناً فيده كيد صاحبها فيه فكأنها باقية عند ربها إلى حين موتها.

وحاصل المسألة: أن الواهب إذا وهب وديعة لمن هي عنده، فإن علم وقَبِلَ قَبْلَ موت الواهب صحت اتفاقاً، وإن قبل بعد موته بطلت عند ابن القاسم. وإن لم يعلم حتى مات بطلت اتفاقاً عند ابن القاسم وغيره. فإن ادّعى القبول قبله فعليه البيان.

ومثل الوديعة الدين وكذا العارية.

فإن وهب الوديعة لغير من هي في يده ولم يحز حتى مات بطلت في الأقسام الثلاثة، وهي ما إذا علم وقبل قبل موته، أو علم قبل موته وقبل بعد، أو لم يعلم ولم يقبل إلا بعد موته.

---

(1) الذخيرة: 6/ 264.

تأخر القبول بعد المانع للتروّي:

يصحّ القَبُولُ بعد المانع، إنْ كان الموهوب له قبض الهبة ليتَرَوَّى في أمره هل يقبل أم لا، ثم بدا له القبول بعد الموت بخلاف التي قبلها عند ابن القاسم؛ لأنه في التي قبلها استمر على قبض الوديعة الأصلي، وفي هذه حصل منه إنشاء قبض بعد الهبة وهو أقوى.

تأخّر الحوز بغير اختيار الموهوب له:

إذا جَدّ الموهوب له في الحوز، أي: قبض الهبة من الواهب، والواهب يسوّف به حتى مات؛ أو جدّ في تزكيةِ شاهدِه، حيث أنكر الواهب الهبة، فأقام الموهوب له بيّنة عليها، فاحتاجت لتزكية فجدّ في تزكيتها فماتَ الواهب قبل التزكية، فتصح الهبة ويأخذها الموهوب له بعد التزكية، لتنزيل الجدّ المذكور منزلة الحوز.

ما يصحّ من الحوز:

يصحّ حوز المستعير والمودع - بالفتح -. فمن أعار شيئاً لشخص أو أودع شيئاً عند شخص، ثم وهب المعير أو المودع - بالكسر- العارية أو الوديعة لشخص آخر، فمات الواهب قبل أخذ العارية من المستعير أو الوديعة من المودع - بالفتح -، فإن حيازة المستعير أو المُودَع - بالفتح - صحيحة. وللموهوب له أخذ الهبة، ولا كلام لوارث الواهب بأن المانع حصل قبل حوز الموهوب له؛ لأن حوز من ذكر صحيح شرعاً، سواء علم المستعير أو المودع بأن ما تحت يده وهبه ربّه لزيد، أو لم يعلم على المعتمد. وهذا إذا أشهد الواهب على الهبة، وإلّا فلا.

ما لا يصحّ من الحوز:

- لا يصحّ حوز الغاصب. فمن غصب شيئاً، ووهبه ربه لغير غاصبة، فلا يصحّ حوز الغاصب له؛ لأن الغاصب لم يقبض للموهوب له، بل قبض لنفسه، فلا يكون قبضه حوزاً إلا إذا كان الموهوب له غائباً وأمره ربه أي: يحوزه له، فإنه يصح. أمّا الحاضر الرشيد؛ فلا يصح حوز غاصب له ولو أمره ربه بالحوز.

- لا يصحّ حوز المُرْتَهِن - بالكسر -. فإذا وهب رب الرهن ما رهنه لغير المرتهن، فلا يكون حوز المرتهن حوزاً للموهوب له. فإذا مات الواهب قبل قبض الموهوب له رجع الرهن للوارث إن شاء افتكه وإن شاء تركه للمرتهن في الدين.

فإن قيل: المرتهن قادر على ردّ الرهن وإبقاء دينه بلا رهن، فكان مقتضاه أنّ حوزه يكفي. والجواب بأنّ المرتهن وإن كان قادراً على ردّ الرهن، كما أنّ المستعير قادر على ردّ العارية، إلّا أنّ المرتهن إنّما قبض للتوثّق لنفسه، بخلاف المستعير فإنّه وإن قبض لنفسه لكن لا للتوثّق.

ـ لا يصح حوز المستأجر ـ بالكسر ـ. أي: إن من أجر شيئاً لشخص بأجر معلوم، ثم وهبه لغيره، لم يكن حوز المستأجر حوزاً للموهوب له؛ إلا أنْ يَهَبَ الواهب الأجرةَ أيضاً للموهوب له قبل قَبضها من المستأجر، فحينئذ يكون حوز المستأجر حوزاً للموهوب له، لجولان يده في الشيء الموهوب بقبض أجرته، بخلاف هبتها بعد قبضها فإنه لا يفيد؛ لأنها صارت مالاً مستقلاً من ماله.

والفرق بين المستأجر والمستعير أنّ الإجارة في نظير معاوضة مالية، فهي لازمة للمستأجر ليس له الرجوع عنها، بخلاف العارية فليست لازمة للمستعير فله الرجوع عنها، فلذا كان حوزه حوزاً للموهوب له. وأيضاً يد المؤجر جائلة في الشيء المستأجر بقبض أجرته، ولذا لو وهب الأجرة للموهوب له قبل قبضها من المستأجر صحّ حوز المستأجر لعدم جولان يد الواهب.

ـ لا يصح حوز الموهوب له السابق إذا رجعت الهبة لواهِبها بعد الحوز بقرب كسنة، أي: قبل سنة؛ وذلك إذا رجعت إليه بما يلي:

* بإيجار لها من الموهوب له.

* بإرفاق للواهب، كإعارة أو عُمرى، فمات الواهب وهي تحت يده؛ فيبطل الحوز الأول، بمعنى أنه لم يتم. فإذا لم يحصل مانع فإنّ للموهوب له أخذها منه بعد الإرفاق قهراً عنه ليتم الحوز الأول.

ولو رجعت له بعد سنة فلا يضر في الحوز الأول. وهذا سواء كانت الهبة لمحجوره أو لغير محجوره فلا تبطل برجوعها للواهب. ووجه عدم بطلان الهبة برجوعها للواهب بعد سنة بإيجار أو إرفاق، أنّ الموهوب له إذا تمت له الحيازة بطريقة بيّنة فقد صحّت له الهبة وكملت واستقرّ ملكه لها، فلا يضرّ بعد ذلك ما يحدث من سكنى الواهب[1].

ومثل الهبة الصدقة في التفصيل في رجوعها. وهذا بخلاف الرهن، فإنّه يبطل برجوعه للراهن ولو بعد سنة من حوزه. وأمّا الوقف إن كان له غلة فكالهبة في التفصيل، فإن لم يكن له غلّة كالكتب فإنّه لا يبطل وقف ما عاد له بعد صرفه، وقد مرّ ذلك.

ولو رجعت الهبة للواهب بغير إيجار وإرفاق، بل بغصب أو سرقة أو نحو ذلك فلا يضر أيضاً.

حوز الواهب لمحجوره:

يصح حَوزُ الوَاهب إذا وهب شيئاً لمحجورِهِ، من صغير أو سفيه أو مجنون، كان وليه الواهب أباً أو غيره؛ لأنه هو الذي يحوز له.

وهذا إنْ أشهدَ الواهب لمحجوره أنه وهبه كذا، فالإشهاد في المحجور قائم مقام

---

(1) المنتقى: 6/ 97.

الحوز في غير المحجور. فهذا القيد لا بدّ منه. ودليل اشتراط الإشهاد هنا وخاصة إذا كان الولي الواهب هو الأب[1]: سدّ الذريعة، لئلّا تكون الصدقة للابن المحجور عليه تطرّقاً إلى الوصية لوارث.

ولا يشترط معاينة المحجور للحيازة، ولا يشترط معاينة الشهود لها أيضاً، فمتى قال الولي للشهود: اشهدوا أنّي وهبت الشيء الفلاني لمحجوري كفى، سواء أحضره لهم أم لا.

ولا يشترط صرف الغلة للمحجور على أحد القولين، والقول الثاني: أنه لا بد من صرف الغلة في مصالحه كما في الوقف، فإن صرفها الولي على نفسه بطلت ورجحه ابن سلمون، وبعضهم رجح الأول، وهو المعتمد الذي جرى به العمل.

ويستثنى من صحة حوز الواهب لمحجوره ما يلي:

* إذا وهب لمحجوره ما لا يُعرفُ بعينِهِ، كالدنانير والدراهم وسائر المثليات من مكيل، أو معدود، أو موزون، ونحو جواهر، فلا تصح حيازته لمحجوره، ولا بد من إخراجه عن حوزه عند أجنبي قبل المانع، سواء أخرجه مختوماً أو غير مختوم، وإلا بطلت ورجعت ميراثاً، ولو ختم عليها مع بقائها عنده. ولا يكفى فيه الإشهاد كما في الذي يعرف بعينه؛ لأن ما يعرف بعينه كأنه مع الإشهاد خرج من يده بخلاف ما لا يعرف، أي: إنّ ما لا يعرف عينه لا يمكن الإشهاد عليه؛ لأنّه لا يتميّز للشاهد وقت إقامة الشهادة، لإمكان أن يكون ما شهد به غير الذي أشهد عليه، وهذا التعليل لسائر المثليات؛ ويزاد في خصوص الدنانير والدراهم أنّها لا تتعيّن بالعقد، فلا يصحّ فيها حيازة مع بقائها بيد المعطي[2].

* إذا وهب لمحجوره دارَ سُكناهُ، فلا تصح حيازتها لمحجوره؛ وتبطل إذا استمر ساكناً بها حتى مات الواهب. ولا بدّ في دار السكنى من إخلاء الولي لها من شواغله ومعاينة البينة لذلك، ولو بقيت بعد ذلك تحت يده، أي سواء أكراها أم لا. بخلاف ما لا يعرف فلا بد من إخراجه عن يده كما تقدم. إلا أنْ يسكن الواهبُ أقلّها، ويُكري له الأكثرَ فتصح الهبة في الجميع، وتكون كلها للمحجور بعد المانع؛ لأن الأقل تابع للأكثر. والدليل على استثناء اليسير: القياس على الوقف؛ لأنّ زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر حبسا داريهما وسكنا بعضاً منهما حتى ماتا، فنفذ الحبس في الجميع[3].

ومثل دار السكنى كلّ دار له إذا وهبها لمحجوره. وكذلك غير الدار كالثياب يلبسها، والدواب تركب، وكذا ما لا يعرف بعينه، إذا أخرج بعضه وأبقى البعض بيده، فالأقل تابع للأكثر. وإن سكن النصف بطل النصف الذي سكن فقط، وصحّ ما لم

---

(1) المعونة: 3/ 1608.

(2) الإشراف: 2/ 677، والمعونة: 3/ 1608، والمنتقى: 6/ 104، والذخيرة: 6/ 249.

(3) المنتقى: 6/ 96، والذخيرة: 6/ 319.

يسكن. وإن سكن الأكثر وأكرى الأقل بطلَ الجميعُ؛ لأن الأقل تابع للأكثر كما تقدم. وتقدم أن مثل الدار غيرها.

وأمّا غير دار السكنى والملبوس من كلّ ما يعرف بعينه فيكفي الإشهاد بالصدقة والهبة، وإن لم تعاين البينة الحيازة، فالإشهاد يغني عنها.

واعلم أنّ الولي إذا وهب لمحجوره فإنّه يحوز له إلى أن يبلغ رشيداً، فإذا بلغ رشيداً حاز لنفسه. فإن لم يحز لنفسه بعد الرشد وحصل مانع للواهب بطلت الهبة. فإن جهل الحال ولم يدر هل بلغ رشيداً أو سفيهاً، والحال أنّ الواهب حصل له مانع، والشيء الموهوب تحت يده فالمعتمد حمله على السفه، وحينئذ فتصحّ الهبة، لما تقدّم أنّ الرشد لا يثبت إلّا ببيّنة.

الحوز في هبة أحد الزوجين للآخر:

تصحّ هبة أحد الزوجين للأخر متاعاً معيّناً، وإن لم ترفع يد الواهب عنه، للضرورة حيث حصل الإشهاد. وهذا في غير دار السكنى. وأمّا دار السكنى فإن كان الواهب الزوجة لزوجها صحّ وكفى الإشهاد، ووضع يد الزوجة لا يضرّ؛ لأنّ السكنى للرجل وهي تبع، بخلاف العكس.

الاعتصار في الهبة:

الاعتصار أخذ الواهب الهبة من الموهوب له قهراً عنه بلا عوض. وحكم الاعتصار أنّه لا يجوز، والدليل[1]: ما تقدّم من الدليل على لزوم الهبة وعدم جواز الرجوع فيها.

ويستثنى الآتي ذكرهم فيجوز لهم الاعتصار:

1 ـ الأبِ: فيجوز له اعتصارُها من ولدِه قهراً عنه بلا عوض، مُطلقاً أي: ذكراً كان أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، فقيراً أو غنيّاً، سفيهاً أو رشيداً، حازها الولد أو لا.

2 ـ الأمّ: يجوز لها الاعتصار. ومحلّ جواز اعتصار الأم بشرطين: إذا وهبتْ لصغير ذي أب، ولم يتيتّم حين إرادة الاعتصار. فإن تيتم فليس لها الاعتصار منه؛ لأنّ يُتمه مفوّت للاعتصار على المذهب، خلافاً للّخمي. وأمّا الكبير البالغ فلها الاعتصار منه مطلقاً، كان ذا أب أم لا؛ لأنّه لا يلحقه يتم بفقد أبيه. فالحاصل أنّ الأم لها اعتصار ما وهبته لولدها غير اليتيم لا من تيتم ولو بعد الهبة. ووجه فوات اعتصار الأم باليتم أنّ الهبة لليتيم تكون عادة للإشفاق عليه وخوف ضياعه، وهذا معناه الصلة والقربة التي يراد بها وجه الله تعالى، فلذلك كان حكمها حكم الصدقة، والصدقة لا يجوز اعتصارها كما يأتي[2].

---

(1) الإشراف: 2/ 677، والمعونة: 3/ 1614، والمنتقى: 6/ 117.

(2) المعونة: 3/ 1615، والمنتقى: 6/ 117، والذخيرة: 6/ 266.

ودليل جواز اعتصار الأبوين[1]:

أ ـ عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نُحْلاً أو أعطاه عطاءاً ليس بصدقة، إنّ له أن يعتصر ذلك، ما لم يستحدث الولد ديناً يداينه الناس به، ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه، فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً، بعد أن تكون عليه الديون. أو يعطي الرجل ابنه أو ابنته فتنكح المرأة الرجل، وإنما تنكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه، فيريد أن يعتصر ذلك الأب. أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النُحْل، إنما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاها أبوها. ثم يقول الأب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيئاً من ذلك»[2].

ب ـ عن ابن عمر وابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده. ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه»[3]. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ استثنى الأب من منع الرجوع في الهبة.

ج ـ عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ، فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً. فقال: «أكل ولدك نحلت مثله؟» قال: لا، قال: «فارتجعه»[4]. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ أمره بإرجاع الهبة، فدلّ على جواز ذلك من الأب، ولو لم يكن الارتجاع منه جائزاً لما أمره النبي ﷺ بذلك.

د ـ أنّ الأب له في مال ابنه شبهة؛ لأنّه من كسبه، كما جاء في الحديث عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن ولد الرجل من كسبه»[5]، ولذلك لا يقطع إن سرق منه. وهذا هو الفرق بين الأب والأجنبي.

هـ ـ أنّ دليل اعتصار الأمّ القياس على الأب؛ لأنّ لكلّ منهما على الابن ولادة.

---

(1) الإشراف: 2/ 676، والمعونة: 3/ 1615، والمنتقى: 6/ 116، 117، وإكمال الإكمال: 4/ 27، والذخيرة: 6/ 265.

(2) الموطأ: 2/ 755. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، باب الرجوع في الهبة؛ والترمذي في الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة؛ والنسائي في الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه.

(4) أخرجه مالك في الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل؛ والبخاري في الهبة وفضلها، باب الهبة للولد؛ ومسلم في الهبات، باب تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(5) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده؛ والنسائي في البيوع، باب الحث على الكسب.

ولا يجوز الاعتصار للجدّ والجدّة، ودليل ذلك: القياس على العم؛ لأنّ الجدّ لا يلزمه النفقة فلم يكن له الاعتصار كالعم[1].

والحق عند المحققين أن الاعتصار من الأبوين يكون بكل لفظ يدل على استرجاع الهبة من ولده له، سواء كان بلفظ اعتصار أو غيره. والدليل على عدم اشتراط لفظ الاعتصار: حديث ابن عمر وابن عباس المتقدم. ووجه الاستدلال أنّه لم يشترط لفظاً معيّناً لرجوع الوالد في هبته.

فإن جنّ أحد الأبوين بعد الهبة للولد هل لوليه الاعتصار أو لا؟ قال الشيخ الدسوقي: الظاهر الأوّل لأنّ وليه بمنزلته.

وهذا في الهبة التي قصد بها الأب والأمّ ذات الولد. وأمّا غير ذلك فلا اعتصار لهما فيه وذلك في أمور ثلاثة:

الأول: إن قصدا بالهبة ثواب الآخرة لا مجرد ذات الولد، وقرنها بما يدل على ذلك كقوله: هي هبة لله، أو هبة لطلب الأجر، أو لصلة رحم، فلا اعتصار لهما؛ لأنها صارت حينئذ صدقة واقعة بلفظ الهبة، فتأخذ حكم الصدقة الآتي قياساً عليها[2].

الثاني: الهبة إذا أريد بها الصلة والحنان، فإرادة الصلة والحنان من الأب أو الأم تمنع من الاعتصار؛ لأنّ ذلك قربة كما لو صرح بأنّها لله تعالى[3].

الثالث: الصدقة على الولد الواقعة بلفظ الصدقة، فلا اعتصار لأحد الوالدين فيها. والدليل[4]:

أ ـ عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه، أنّ كلّ من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن، أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته، فليس له أن يعتصر شيئاً من ذلك؛ لأنه لا يرجع في شيء من الصدقة»[5].

ب ـ دلالة الأولى، وذلك لأنّه لما كان لا يجوز له أن يشتري صدقته ويأخذها بعوض، فبأن لا يجوز له أن يأخذها بغير عوض أولى.

ووجه عدم الاعتصار في هذه الأحوال أنّ الهبة تكون بها خارجة على وجه القربة إلى الله تعالى وابتغاء وجهه، لا لغرض دنيا، فلم يجز الرجوع فيها[6].

فيمنعان من الاعتصار في هذه الأمور، لكن ما لم يَشترطا اعتصار الصدقة أو

---

(1) المنتقى: 6/ 117.
(2) المنتقى: 6/ 116.
(3) المنتقى: 6/ 116.
(4) المنتقى: 6/ 116.
(5) الموطأ: 2/ 755. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.
المنتقى: 6/ 115.
(6) المعونة: 3/ 1613، المنتقى: 6/ 116.

الصلة. فإن اشترطاه فلهما ذلك. فهذا استثناء من كون سنّة الصدقة عدم الرجوع فيها.

موانع اعتصار الهبة:

يمنع الأبوان من اعتصار الهبة بما يلي:

- إن فاتت الهبة عند الولد، - لا بحوالةِ سوق - بل بزيادة أو نقص في ذات الهبة إذا كانت حيواناً، فلا اعتصار. والدليل: دلالة الأحرى على تغير حال ذمة الموهوب له؛ لأنّه إذا كان تغير حاله يقطع الاعتصار فبأن يمنعه تغيّر الهبة في نفسها أولى وأحرى[1].

وأما حوالة الأسواق أي: بتغير قيمتها بغلوّ أو رخص فلا تمنع الاعتصار؛ لأنّ التغير بالرخص والغلوّ رغبات الناس فهي خارجة عن الهبة[2].

- أن ينكح الولد - ذكراً أو أنثى - لأجل يسره بالهبة. والمراد بالنكاح العقد، فمتى عقد الغير عليه لأجل اليسر بالهبة الموهوبة له من أحد أبويه، فلا اعتصار. والدليل[3]: عمل أهل المدينة. وتقدم نقل كلام الإمام في ذلك.

ووجه المنع من الاعتصار بهذا السبب نفي الضرر عن الزوج أو الزوجة؛ لأنّ في ذلك تغريراً بالزوج؛ لأنّه على ذلك تزوجها فله حقّ في تبقية مال زوجته بيدها؛ وكذلك الأمر بالنسبة للزوجة فهي على ذلك قد تكون تزوجته[4]. فإن عقد عليه لمجرّد ذاته لا للهبة فللوالد الاعتصار.

- إن تداين الولد لأجل يسره بالهبة. بأن أعطى الغير الولد ديناً، أو باع له شيئاً في ذمته لأجل الهبة الموهوبة له من والده فلا اعتصار. والدليل[5]: عمل أهل المدينة. وتقدم نقل كلام الإمام في ذلك. ووجه المنع من الاعتصار هنا أنّ في ذلك تغريراً بالدائن، وإتلافاً على الناس أموالهم، ولأنّ ذمة المدين تعلقت بها حقوق الناس من أجل الهبة[6]. فإن داينه الغير لمجرد ذاته أو لأمر غير الهبة فللوالد الاعتصار على المذهب.

ولا يكفي قصد الولد وحده النكاح أو التداين لأجل الهبة لمنع الوالد من الاعتصار.

- إن مرض الولد الموهوب له مرضاً مخوفاً، فلا اعتصار للوالد، لتعلق حق ورثته بالهبة. وأمّا المرض الغير المخوف فلا يمنع.

---

(1) المنتقى: 6/ 118.
(2) الذخيرة: 6/ 269.
(3) المنتقى: 6/ 117.
(4) المعونة: 3/ 1616، والمنتقى: 118، والذخيرة: 6/ 269.
(5) المنتقى: 6/ 117.
(6) المعونة: 3/ 1616، والمنتقى: 6/ 117.

- إن مرض الواهب مرضاً مخوفاً، فإنه مانع من الاعتصار؛ لأن اعتصارها يكون لغيره.

ويستثنى إذا وهب الوالد لولده وهو على حالة من هذه الأحوالِ، كأن يكون الولد متزوجاً أو مديناً أو مريضاً، أو يكون الوالد مريضاً فله الاعتصار.

وكذلك إن زال المرضُ القائم بالواهب أو الموهوب له فإنّ الاعتصار يعود له. بخلاف زوال النكاح أو الدين. قال ابن القاسم: لأن المرض لم يعامله الناس عليه، بخلاف النكاح والدين، أي: لأنّ المرض أمر من عند الله تعالى، فإذا زال عاد الاعتصار. وأمّا النكاح والدين فإنّ كلاّ منهما أمر عامله الناس بعد الهبة عليه، فيستمرّون على المعاملة لأجله لانفتاح بابها فيستمرّ على عدم الاعتصار.

وللأبوين الاعتصار على نحو ما تقدم ولو أشهدا على الهبة؛ لأنّ الإشهاد على الهبة لا يكون مانعاً من اعتصارها.

تملّك الهبة والصدقة بعد أن يهبها أو يتصدّق بها:

يكره لمن تصدق بصدقة على غيره أو وهبه هبة لا تعتصر، أن يتملّكها بشراء أو هبة أو صدقة. وأما الهبة التي تعتصر - وتكون من الوالدين للابن - فلا منع من تملكها. وقال بالكراهة اللخمي وابن عبد السلام وخليل وتبعهم الشيخ الدردير. وقال الباجي وجماعة بالتحريم، وارتضاه ابن عرفة. ودليل التحريم[1]:

أ - عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص؛ فسألت عن ذلك النبي ﷺ فقال له: «لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإنّ العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[2]. وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»[3]. وحديث عمر ورد في شراء الصدقة فيحمل على العود بعوض، وحديث ابن عباس ورد مبتدأ فيحمل على العود بغير عوض. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ نهى عمر بن الخطاب عن شراء فرس تصدّق بها واعتبر ذلك عوداً في الصدقة، وفي حديث ابن عباس نهى العود في الهبة. والقصد من التشبيه الذمّ وزيادة التنفير، وهو يدلّ على الحرمة.

---

(1) المعلم: 6/ 348، والذخيرة: 6/ 260، وإكمال الإكمال: 4/ 325، ومنح الجليل: 8/ 212، وحاشية الدسوقي: 4/ 112.

(2) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها؛ باب لا يحلّ لأحد أن يرجع في هبته وصدقته؛ ومسلم في الهبات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدّق به.

(3) أخرجه البخاري في الهبة، باب لا يحلّ لأحد أن يرجع في هبته؛ ومسلم في الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض.

وأمّا القول بالكراهة فدليله[1]:

أ ـ أنّ التشبيه في الحديث خرج مخرج التنفير عن أمر مستقذر لا مخرج الذم؛ لأنّ أكل القيء ليس بحرام إذا لم تتغير أوصافه إلى ما يشبه العذرة.

ب ـ أنّ الموهوب له أو المتصدّق عليه قد يستحيي من الواهب أو التصدّق ـ عند بيع ما وهب له أو تصدّق عليه للواهب أو المتصدّق ـ، فيسامحه في ثمنها أو يحطّ عنه ما لا يحطّ لغيره، فيكون رجوعاً في ذلك القدر.

هذا وقد استشكل الحديث في قول النبي ﷺ: «لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد» بأنّ الأكثر هو المظنّة لنفي التهمة عن العود في الهبة؛ لأنّ المنع من شراء الصدقة لأجل التهمة بقصد العود فيها، وكلّما قلّ الثمن قويت التهمة وكلّما زاد الثمن قلّت الهمة؛ والمناسب أن يقال: ولو أعطاكه بألف درهم، والجواب أنّ المعنى لا تبتعه وإن أضاعه حتى صار يساوي درهماً[2].

ولا فرق في المنع من تملّك الصدقة بالوجه المذكور بين كونها واجبة كالزكاة والنذر أو مندوبة، ولو تداولتها الأملاك.

وعلى القول بالكراهة لا يفسخ العقد، وعلى القول بالحرمة قال بعض الشيوخ: يفسخ. وتعقب الإمام المازري القول بالفسخ بأنّ فيه نظر، لأجل الاختلاف فيه، ولأنّه ليس كل نهي يدلّ على فساد المنهي عنه[3].

وموضوع المسألة أن يتملك المتصدّق أو الواهب صدقته وهبته بشراء أو هبة أو صدقة، وأما تملكها بالإرث فجبري لا يد له فيه ولا اختيار، فلا منع فيه؛ والدليل[4]: عن مالك أنه بلغه أن رجلاً من الأنصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبويه بصدقة، فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل، فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال: «قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك»[5].

ويستثنى من المنع اشتراء العرية بعد التصدّق بها، فهي أصل قائم بنفسه أجيزت للرفق ورفع الضرر، فلا يقاس عليها غيرها[6]. وقد تقدم في البيوع ذكر أدلة جوازها.

ويستثنى منه التصدّق بالماء على مسجد أو غيره، فيجوز له أن يشرب منه؛ لأنّه لم يقصد به الفقراء فقط، بل قصدهم والأغنياء. ومن أخرج كسرة لسائل فلم يجده، فلابن رشد: إن كان معيّناً أكلها مخرجها، وإلّا بأن لم يكن معيّناً فلا يأكلها ويعطيها لغيره

---

(1) إكمال الإكمال: 4/ 325، ومنح الجليل: 8/ 212، وحاشية الدسوقي: 4/ 112.

(2) إكمال الإكمال: 4/ 326. (3) المعلم: 2/ 348.

(4) المنتقى: 6/ 145، والذخيرة: 6/ 294.

(5) أخرجه مالك في الأقضية، باب صدقة الحيّ عن الميت.

(6) المعلم: 2/ 348.

تكميلاً للمعروف. إن أخرجها له فلم يقبلها فليعطها لغيره، لتأكيد العزم بدفعها، وهو أشد من الذي لم يجده[1].

ويستثنى من ذلك أيضاً نفقة الولد على والده من الصدقة؛ فيجوز لولد تصدق عليه والده، أباً كان أو أمّاً، بصدقة أن ينفق عليه منها إذا افتقر، لوجوب الإنفاق على الولد حينئذ.

وكما يكره تملك الذات يكره تملك المنفعة؛ كالتصدّق بدابّة فيكره الانتفاع بها في رُكوب أو حرث أو طحن عليها، سواء تصدّق بها على أجنبي أو على ولده.

ويكره أيضاً انتفاعُ المتصدق بها بغلّتها، من ثمرة ولبن وكراء. ويشمل ذلك القراءة فيها إن كانت كتاباً.

ومثل الصدقة فيما تقدم الهبة التي لا تعتصر.

وأمّا غير المتصدق أو الواهب، فإنّه يجوز له شراء الهبة والصدقة، والدليل[2]: عن عائشة رضي الله عنها قالت: أتي النبي ﷺ بلحم فقلت: هذا ما تصدق به على بريرة. فقال: «هو لها صدقة ولنا هدية»[3].

هبة الثواب:

يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له الثواب على هبته، أي: العوض عليها، وتسمّى هبة ثواب. ودليل جواز أخذ الثواب على الهبة[4]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ حَسِيبًا ﴿٨٦﴾﴾ [النساء: 86]. ووجه الاستدلال أنّ الآية تشمل الهبة والهدية؛ لأنّها يتحيّى بها. وورودها في السلام لا يمنع دلالتها على الثواب على الهبة؛ لأنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ب ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها[5].

ج ـ عن أبي هريرة قال: أهدى رجل من بني فزارة إلى النبي ﷺ ناقة من إبله التي كانوا أصابوا بالغابة، فعوضه منها بعض العوض، فتسخطه. فسمعت رسول الله ﷺ على هذا المنبر يقول: «إن رجالاً من العرب يهدي أحدهم الهدية فأعوضه منها بقدر ما عندي، ثم يتسخطه فيظل يتسخط عليّ، وايم الله لا أقبل بعد مقامي هذا من رجل من العرب هدية إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي»[6].

---

(1) الذخيرة: 6/ 239. (2) الذخيرة: 6/ 291.

(3) أخرجه البخاري في الزكاة، باب الصدقة على موالي نساء النبي ﷺ، ومسلم في الزكاة، باب إباحة الهدية للنبي ﷺ.

(4) المعونة: 3/ 1609، والذخيرة: 6/ 271. (5) سبق تخريجه.

(6) أخرجه الترمذي في المناقب، باب مناقب بني ثقيف وبني حنيفة، وقال: هذا حديث حسن.

د ـ عن أبي غطفان بن طريف المري، أنّ عمر بن الخطاب قال: من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها؛ ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها[1].

فقوله ﷺ: «إنما أراد بها الثواب» دليل على أنّ الصحابة كانوا يعرفون جواز هبة الثواب.

هـ ـ أنّها تفعل على وجه المودّة وإيثار المكارمة والمواصلة، وطلب المعاوضة لا ينافي ذلك، والعرف يشهد بذلك والعرف كالشرط. ولذلك جاز فيها الجهالة والغرر.

فإن قيل: إنّ موضوع الهبة التبرع لغة، والأصل عدم النقل، والتبرع لا يقتضي عوضاً، فلا تكون الهبة تقتضي ثواباً؛ والجواب: أنّه ليس كلّ هبة موضوعة للتبرع، والقول بذلك مصادرة للواقع؛ لأنّ هبة الأدنى للأعلى موضوعة للعرف، والأعلى للأدنى للتبرع بشهادة العرف، فيكون لغة كذلك[2].

وشرط الثواب يكون مقارناً للفظها. وسواء عين الثواب أم لا. والتعيين غير لازم قياساً على نكاح التفويض، وهذا هو المعتمد. وعلّة القياس أنّه عقد يشترك فيه العوض وطلب المودّة والمواصلة، فسومح فيه بترك تسمية العوض، فكذلك الهبة إذا سكتا عن ذكر العوض فوقف على تراضيهما[3].

وقيل: إن اشترط العوض في عقدها فلا بدّ من تعيينه، قياساً على البيع.

ويلزم الموهوب له الثواب بتعيين قدره ونوعه من الواهب، إذا قبل الموهوب له؛ فليزمه دفع ما عيّن كمائة دينار أو هذا الثوب أو الدابة. والمراد التعيين ولو بالوصف كثوب صفته كذا. والحاصل أنّه إذا عيّن الثواب واحد منهما ورضي الآخر فإنّه يلزم الموهوب له دفعه إذا قبل الهبة، وليس له الرجوع عن الثواب بعد تعيينه وإن لم يقبض الهبة. والدليل على لزوم أن يدفع الموهوب له الثواب إذا قبل الهبة بشرط الثواب[4]:

أ ـ القياس على البيع؛ لأنّ الواهب ملّكه الهبة بشرط العوض إمّا لفظاً أو عرفاً، فلزمه ما دخل عليه من قبول هبة الثواب؛ لأنّها معاوضة كالبيع وكسائر المعاوضات.

ب ـ أنّ العرف أصل يرجع إليه إذا لم يكن غيره، وقد علم أنّ العرف جار بأنّ الضعيف يهب لجاره الغني طلباً لمعروفه، وأنّ الواحد من خدم السلطان يهب له متعرّضاً لمعروفه وتقرّباً إليه، فلا وجه لجحد المعروف.

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في الهبة.
(2) الذخيرة: 6/ 271.
(3) المعونة: 3/ 1612.
(4) الإشراف: 2/ 677، والمعونة: 3/ 1612، والذخيرة: 6/ 275.

التنازع في قصد الثواب:

وتنقسم الهبة إذا أراد الواهب بها وجه الموهوب له، من حيث قصد الواهب للثواب ولزومه للموهوب له إلى ما يلي(1):

إرادة وجه الموهوب له لمحبّته إياه ومودّته له. مثل أن يهب الوالد لولده، أو يهب الرجل الهبة للعالم، أو للرجل الصالح، وما أشبه ذلك مما يعلم بالعرف الجاري أنّه إنّما وهبه لمحبّته فيه، أو لمكانه من العلم والخير والصلاح.

إرادة وجه الموهوب له ليستجر مودته ومحبّته. مثل أن يقدم الرجل من سفره فيهدي له جاره الشيء يتحفه به، كالفاكهة وما أشبه ذلك؛ أو يهدي هو لجيرانه مما جلبه من تحف البلاد التي قدم منها؛ ومثل السلطان يهب لبعض رعيته، والغني يهب للفقير.

إرادة وجه الموهوب له ليتأكّد ما بينهما من المودّة والمحبّة. مثل أن يهب أحد الزوجين لصاحبه، أو الولد لوالده، فيعلم بالعرف أن القصد بذلك تأكيد التودد لما بينهما، مما يقتضي حاجتهما إلى التودّد.

إرادة وجه الموهوب له قصد التودّد والمكافأة أي: الثواب. مثل أن يهب الفقير للغني هبة مبتدأة على غير سبب؛ أو يهب الأكفاء والنظراء من أهل الوفر والمال بعضهم لبعض، سواء كانوا أجنبيين أو أقرباء.

والقاعدة هنا أنّ كلّ هبة لها وجه غير قصد المكافأة والثواب فهي محمولة على غير الثواب.

ويصدّق الواهب عند التنازع في قصده الثواب بيمين بعد القبض، إنْ لمْ يشهدْ عُرفٌ بضدّ الثواب. فإن شهد العرف بضده فلا يصدق، كهبة الغني للفقير، والسلطان لأتباعه، والرجل يهدي إلى العالم والصالح، فالعرف في مثل هذا أنّه للمودّة لا للثواب. وينظر هنا فيما يقع بين الناس في بعض البلدان من إهداء الأكباش عند النكاح، والإطعام في الولائم في الأعراس، وبعثه إلى الغير، فقد قال الشيخ أبو عبد الله بن العطار أنّ ذلك يحمل على الثواب إن كان العرف كذلك، فمن قبض كبشاً هدية في نكاح أو أكل طعاماً في وليمة أو قبل طعاماً مطبوخاً بعثه إليه المهدي فعليه قيمة ذلك ثواباً؛ لأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً؛ وإن كان غير محمول على الثواب في العرف فلا ثواب عليه(2).

وجه اشتراط اليمين للتصديق أنّ الأصل في الهبة عدم العوض(3)، فقابض الهبة معه هذا الأصل، والواهب مدّع عليه الثواب.

---

(1) المنتقى: 6/ 112، والمقدمات: 2/ 450، والمنتقى: 6/ 275.

(2) المنتقى: 6/ 111.

(3) إكمال الإكمال: 4/ 327.

وأما التنازع قبل قبضها، فالقول للواهب مطلقاً، ولو شهد العرف بعدم الثواب.

وتصديق الواهب بيمين ظاهره أشكل الأمر بأن لم يشهد العرف له أو عليه، أم لم يشكل بأن شهد العرف له، وهو أحد التأويلين. والثاني، وهو أظهر القولين: أن الواهب إنما يحلف إذا أشكل الأمر بأن لم يشهد العرف له ولا عليه، ولم توجد ترجح أحد الأمرين، وإلا عمل على العرف أو القرائن ولا يمين.

ومحل تصديق الواهب في دعوى الثواب في غيرِ النقد المسكوكِ، وأما هو فلا يصدق الواهب؛ لأن الشأن فيه عدم الإثابة إلا بشرط أو عرف.

ويستثنى من تصديق الواهب الزوجان والوالدان، ونحوهما من الأقارب الذين بينهم الصلة، فلا يصدق الواهب من هؤلاء في دعواه الثواب، لقضاء العرف بعدمه فيمن ذكر كالمسكوك؛ لأنّ العرف جار بأنّ كل واحد من الزوجين، ومن الولد ووالده، ومن القريب وقريبه، يتقرب إلى الآخر بالهدية والهبة ويحبّ التودّد إليه وإحراز الحظوة عنده[1]. إلا أنّه يقع تصديق الواهب من هؤلاء المذكورين لأحد أمرين:

الأول: لشرطٍ حال الهبة فيعمل به مطلقاً حتى في المسكوك.

الثاني: أو قرينة تدل على ذلك، من ذلك جريان العرف بها.

فإنه يصدق ويقضى له بالثواب، لكن في غير المسكوك. وأما هو فلا تكفى فيه القرينة، ولا بد من الشرط. ويكون ثواب المسكوك عند الشرط أو العرف عرضاً أو طعاماً لا مسكوكاً، لما فيه من الصرف المؤخر إن كان من غير صنفه، أو البدل المؤخر إن كان من صنفه.

وإذا لم يعيّن الواهب الثواب وقبض الموهوب له الهبة، فيلزم الواهب قبول القيمة إذا دفعها له الموهوب له، والدليل على ذلك قول عمر ﷺ: ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها. فمعنى قوله: «إذا لم يرض منها» ما لم يعط قيمتها؛ لأنّ الرضا المعتبر عند الناس القيمة[2].

وأما الموهوب له فلا يلزمه دفع القيمة فالخيار له؛ لأنّ له أن يقول له: خذ هبتك لا حاجة لي بها. والدليل على تخييره[3]:

أ ـ القياس على نكاح التفويض في تخيير الزوج إذا لم يتراضيا ببذل صداق المثل أو الطلاق.

ب ـ أنّ الواهب قد لا يرضى بأضعاف قيمة الهبة من الموهوب له، وفي ذلك إضرار بالموهوب له.

---

(1) المعونة: 3/ 1611، والمنتقى: 6/ 112. (2) المنتقى: 6/ 114.

(3) الإشراف: 2/ 677، والمعونة: 3/ 1612.

ويستثنى من عدم لزوم دفع الموهوب له القيمة، الصورة التي تفوت فيها الهبة عنده، أي: بعد قبضها بدون تعيين الثواب، فيلزمه حينئذ دفع القيمة للواهب، وتقدّر القيمة بقيمتها يوم قبضها. والفوات يكون بزيادة بكبر أو سمن، أو نقص كعرج، وذلك في الحيوان. ولا يعتبر حوالة الأسواق، والدليل على لزوم القيمة بالنقص والزيادة: عمل أهل المدينة. قال الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أنّ الهبة إذا تغيرت عند الموهوب له للثواب، بزيادة أو نقصان، فإنّ على الموهوب له أن يعطي صاحبها قيمتها يوم قبضها»[1]. ووجه لزوم القيمة هنا للموهوب له أنّ لما قبض الهبة أصبح ضامناً لها، فيستوي في ذلك الزيادة والنقص[2].

ووجه عدم اعتبار حوالة الأسواق فوتا أنّ حوالة الأسواق ـ أي: الرخص والغلاء ـ رغبات الناس خارجة عن الهبة[3].

وأما قبل قبض الموهوب له فلا يلزم الواهب قبول القيمة بل له الامتناع، ولو دفع له الموهوب له أضعاف القيمة، ولا يلزم الموهوب له دفع القيمة ولو قبض الهبة كما تقدم.

والفرض هنا أنّ الثواب لم يعيّن، وأما إذا عين ورضي به الموهوب له فإنّه يلزمه دفعه قبضها أم لا، كما مرّ.

وإذا أثاب الموهوب له الواهب عمّا لا ثواب فيه جهلاً، أو المتصدّق عليه أثاب عن الصدقة، فقال مالك: يردّ إليه ثوابه، ولا شيء له إذا فات.

شروط ما يقع به الثواب في هبة الثواب:

يثيب الموهوب له الواهب عن الشيء الموهوب بما يصح أن يكون ثمناً في البيع؛ بأن يكون سالماً من الربا والغش، فلا يصحّ الثواب بما يلي:

ـ الثواب عن النقد نقداً، لما فيه من الصرف المؤخر أو البدل المؤخر.

ـ الثواب عن الطعام طعاماً، لما فيه من بيع الطعام بطعام لأجل مع الفضل ولو شكاً.

ـ الثواب عن اللحم حيواناً من جنسه ولا عكسه، أي: الثواب عن الحيوان لحماً من جنسه. وقد تقدم التفصيل في باب الربا من البيوع.

ـ الثواب عن العرض عرضاً من جنسه لما فيه من السلم الفاقد لشروطه، ولما فيه من سلم الشيء في نفسه.

---

(1) المنتقى: 6/ 114. وانظر لدلالة قول الإمام مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا» على عمل أهل المدينة: المقدمة في الأصول: 76، 318؛ وإحكام الفصول: 485.

(2) المنتقى: 6/ 115. (3) الذخيرة: 6/ 279.

فيثاب عن العرض طعام ودراهم ودنانير وعكسه، أي: يثاب عن الطعام عرض ودراهم ودنانير اجتماعاً وانفراداً. ويثاب عن العرض عرض من غير جنسه.

فهبة الثواب كالبيع في غالب الأحوال، وتخالفه في البعض كجهل العوض والأجل، ولا يفيتها حوالة الأسواق، ولا يلزم عاقدها الإيجاب والقبول.

وكذلك تخالفه بما إذا أثابه بما يصحّ أن يكون ثمناً في البيع لزم الواهب قبوله وإن كان معيباً، حيث كان فيه وفاء بالقيمة. وليس له أن يقول حينئذ: لا آخذ إلا سليماً. لكن إن أثابه بنحو حطب وتبن مما لا تجري العادة بإثابته كالطين والآجُرّ، فلا يلزمهُ قبوله. فإن جرى عرف بإثباته لزمه القبول. وهذا كلّه في غير المعيّن، وأمّا المعيّن وقت الهبة فيلزمه قبوله إن جاز شرعاً، وإن لم يجر به عرف ولا عادة.

هبة الثواب من مال المحجور:

يجوز للأب إعطاء هبة الثواب من مالِ محجورهِ الصغير أو السفيه. ولا يجوز له إعطاء غيرها كالتبرعات. كما لا يجوز له الإبراء من مال محجورته. ولا يجوز لوصي ولا حاكم هبة ثواب ولا إبراء.

طلب الثواب في الصدقة:

لا يجوز طلب الثواب على الصدقة، والدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: 60]. ووجه الاستدلال أنّ الآية تقتضي كون الصدقات الواجبة وغير الواجبة قربة، وذلك ينافي أخذ العوض[1].

الصدقة عن الميت:

تجوز صدقة الحيّ عن الميت، وهي نافذة، والدليل[2]:

أ ـ عن عائشة زوج النبي ﷺ أنّ رجلاً قال لرسول الله ﷺ: إنّ أمّي افتلتت نفسها، وأراها لو تكلمت تصدقت. أفأتصدق عنها؟ فقال رسول الله ﷺ: «نعم»[3].
افتلتت نفسها أي: ماتت فجأة.

ب ـ خرج سعد بن عبادة مع رسول الله ﷺ في بعض مغازيه، فحضرت أمه الوفاة بالمدينة، فقيل لها: أوصي. فقالت: فيم أوصي إنما المال مال سعد، فتوفيت قبل أن يقدم سعد. فلما قدم سعد بن عبادة ذكر ذلك له فقال سعد: يا رسول الله هل ينفعها أن أتصدق عنها؟ فقال رسول الله ﷺ: «نعم». فقال سعد: حائط كذا وكذا صدقة عنها،

---

(1) المنتقى: 6/ 112. (2) المنتقى: 6/ 144، والذخيرة: 6/ 293.
(3) أخرجه مالك في الأقضية، باب صدقة الحيّ عن الميت؛ والبخاري في الجنائز، باب موت الفجأة؛ ومسلم في الزكاة، باب وصول ثواب الصدقة.

لحائط سماه[1].

ووجه الاستدلال من الحديثين أنّ النبي ﷺ أذن في التصدق عن الميت، وقضى بأن الميت ينتفع بصدقة الحي عنه منفعة الأجر في الآخرة من زيادة الحسنات وتكفير السيئات. ويحتمل أن يكون انتفاع الميت بهذا على معنى أنّ المتصدق عنه يهب له أجر تلك الصدقة بعد أن وقعت الصدقة عن المتصدق؛ ويحتمل أن يكون أوقع الصدقة على الميت وقد يكون من الأجر ما يثبت للإنسان بعد موته في حياته من غير نية ولا معرفة، كما يدخل عليه أجر من يغتابه وأجر من يأخذ ماله وإن لم يعلم هو بشيء من ذلك.

ج ـ الإجماع.

الوعد[2]

تعريف الوعد:

الوعد لغة: من وعد يعد، وعداً وعدة.

واصطلاحاً: عرّفه الإمام ابن عرفة بقوله: «إخبار عن إنشاء المخبر مع وفاء في المستقبل»[3].

قوله: «إخبار» والإخبار بالشيء الإعلام به وهو إيقاع نسبة، لا وقوعها. وهو غير الخبر لأنّ الخبر يحتمل الصدق والكذب؛ لأنّه راجع لوقوع النسبة، وهذا يرجع إلى إيقاعها.

وقوله: «عن إنشاء» أخرج به الإخبار عن خبر. ومعنى عن إنشاء أي: عن وقوع إنشاء.

وقوله: «المخبر» أخرج به إنشاء غير المخبر؛ لأنّه ليس بوعد، كما إذا قال: يهب زيد لك الدار غداً.

وقوله: «مع وفاء في المستقبل» أي: بقيد الوفاء بما أخبر به في المستقبل، فإن لم يقصد وفاء فلا يقال فيه وعد.

حكم الوفاء بالوعد:

الوفاء بالوعد مستحبّ، وأنّه من مكارم الأخلاق. لكن اختلف في إلزام صاحبه به قضاء على أقوال:

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب صدقة الحي عن الميت

(2) المنتقى: 6/ 109، وشرح الزرقاني على مختصر خليل: 7/ 110، وحاشية المدني على شرح كنون: 7/ 245.

(3) شرح حدود ابن عرفة: 2/ 560.

الأول: يقضى به مطلقاً. ورجحه القرافي وابن الشاط.

الثاني: لا يقضى به مطلقاً.

الثالث: يقضى به إن كان على سبب، وإن لم يدخل الموعود بسبب الوعد في شيء، كقولك لشخص: أريد أن أتزوج مثلاً فأسلفني كذا، فيقول: نعم. فإنّ ذلك يلزمه ويقضى به ما لم تترك الأمر الذي وعدك عليه.

الرابع: يقضى به إن كان على سبب ودخل الموعود بسبب الوعد في شيء. وهذا هو المشهور.

وقد وردت أدلّة يقتضي ظاهرها وجوب الوفاء مطلقاً وتحريم عدم الوفاء. كما وردت أدلة تعارضها، وفيما يلي هذه الأدلة وطريقة العمل بها[1]:

أ ـ قوله تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُوا۟ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۝٣﴾ [الصف: 3].

ب ـ عن زيد بن أسلم، أنّ النبي ﷺ قال: «وأي المؤمن واجب»[2]. والوأي: العهد وهو قريب من العدة في هذا الوضع[3].

ج ـ عن أبي هريرة قال: قال رسول ﷺ: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان»[4].

فهذه الأدلة تقتضي وجوب الوفاء مطلقاً.

أ ـ عن صفوان بن سليم أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: أكذب امرأتي يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا خير في الكذب». فقال الرجل: يا رسول الله أعدها وأقول لها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا جناح عليك»[5]. ومعنى الحديث أنّ الرجل سأل النبي ﷺ عن وعد زوجته وهو يرد الوفاء ثم يخلفها. ووجه الاستدلال أنّه ﷺ أذن له في الوعد ونفى عنه الجناح في إخلافه ولم يسمّه كذباً؛ لأنّ السؤال عن الإخلاف ورد في مقابل السؤال عن الكذب.

ب ـ عن زيد بن أرقم عن النبي ﷺ قال: «إذا وعد الرجل أخاه، ومن نيته أن يفي له، فلم يف ولم يجئ للميعاد فلا إثم عليه»[6].

---

(1) المنتقى: 7/ 314، والذخيرة: 6/ 299.

(2) أخرجه أبو داود في مراسيله. (فيض القدير: 6/ 360).

(3) المنتقى: 3/ 80.

(4) أخرجه البخاري في الإيمان، باب علامة المنافق؛ ومسلم في الإيمان، باب بيان خصال النفاق.

(5) أخرجه مالك في الجامع، باب ما جاء في الصدق والكذب.

(6) أخرجه أبو داود في الأدب، باب العدة؛ والترمذي في الإيمان، باب ما جاء في علامة المنافق، وقال: هذا حديث غريب.

وهذان الدليلان يقتضيان عدم وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً[1]. ووجه الجمع بين الأدلة أن يحمل اللزوم على ما إذا أدخل الواعد الموعود في سبب ملزم بوعده. مع أنّه قد تحمل الآية والحديث على معنى غير موضوع الباب، وذلك كما يلي:

فقد قيل في الآية إنها نزلت في قوم كانوا يقولون جاهدنا وما جاهدوا، وفعلنا أنواعاً من الخيرات وما فعلوها، ولا شكّ أنّ هذا محرّم لأنّه كذب وتسميع بالطاعة، وكلاهما معصية إجماعاً.

وأما ذكر الإخلاف في صفة المنافق فمعناه أنّها سجية وخلق للمنافق، وأنّ مقتضى حاله الإخلاف. ومثل هذه السجية يحسن الذم عليها؛ ويحمل الحديث على تشبيه المؤمن الذي يأتي بهذه الأفعال بالمنافق لتخلقه بأخلاقه، ويكون نفاقه على من حدثه وائتمنه وعاهده، لا في عقيدته وإيمانه[2]. فلا يحمل على الوعد.

العمرى

يأتي الكلام على العمرى وحكمها هنا بعد الهبة؛ لأنها من قبيل الهبة.

تعريف العمرى:

لغة: هي صيغة فعلى مشتقة من العمر، أي: ما تجعله للشخص طول عمرك أو عمره[3].

شرعاً: العمرى تمليك منفعة مملوك حياة المعطى - بفتح الطاء - بغير عوض، كأعمرتك أو وارثك، داري أو نحوها.

قوله: «تمليك منفعة» خرج به تمليك الذات بعوض وبغيره؛ والأول بيع أو هبة ثواب والثاني هبة أو صدقة.

قوله: «مملوك» أي: شيء، كان عقاراً أو غيره كفرس وعروض. وخرج بقوله: «مملوك» ما ليس بمملوك، كإقطاع من إمام لأنّ الإمام لا يملك الإقطاع التي يقطعها لبعض الناس؛ أو إسقاط حق كساكن بيت موقوف فيسقط حقه لآخر حياته.

قوله: «حياةَ المعطى» بفتح الطاء، والظرف متعلق بتمليك أي: مدة حياة المعطى. وخرج به الوقف المؤبد، وكذا المؤقت بأجل معلوم، وخرج به الإعارة أيضاً. والمعطى - بالفتح - وذلك يقتضي أنها إذا كانت حياة المعطي - بالكسر - أو حياة أجنبي كزيد لا تسمى «عمرى» حقيقة وإن جازت وهو كذلك؛ لأنها إنما تنصرف عند الإطلاق لحياة المعطى - بالفتح -. فإذا قال المالك: أعمرتك داري مثلاً، حمل

---

(1) الذخيرة: 6/ 299، إكمال الإكمال: 1/ 169، وعارضة الأحوذي: 10/ 100.

(2) الذخيرة: 6/ 299، إكمال الإكمال: 1/ 169.

(3) القبس: 3/ 942، وإكمال الإكمال: 5/ 589.

على عمر المعطى ـ بالفتح ـ فلا كلام لوارث المعطي ـ بالكسر ـ إذا مات.

قوله: «بغيرِ عوض» خرج به الإجارة وهي إجارة فاسدة للجهل بالأجل؛ لأن مدّة حياة المعطى مجهولة.

قوله: «كأعْمَرْتُك أو وارثك» أي: أو أعمرت زيداً، أو أعمرت وَارِثَك ـ مثلاً ـ. ولا يشترط لفظ الإعمار، بل ما دل على تمليك المنفعة بغير عوض مدّة حياة المعطى. و«أو» مانعة خلو، فتجوز الجمع كأعمرتك ووارثك. فيصدق بثلاث صور: أعمرتك، أو أعمرت وارثك، أو أعمرتك ووارثك.

وترجع العمرى، أي: الشيء المعمر، إذا مات المعمَّر ـ بالفتح ـ للمعمِّر ـ بالكسر ـ إن كان حيًّا؛ أو إلى وَارِثه يوم موتِه إذا مات، لا يوم المرجع.

حكم العمرى:

العمرى جائزة. والمراد بالجواز الإذن فيها شرعاً، فهي مندوبة؛ لأنها من المعروف.

ودليل كون العمرى تمليك المنافع الأشياء دون تمليك أعيانها، وأنّه يجوز تمليك منفعة الشيء مدّة حياة المعمَّر ـ بالفتح ـ، ورجوعها للذي أعمرها بعد وفاة المعمَّر ـ بالفتح ـ:

أ ـ عمل أهل المدينة[1]. فقد قال الإمام مالك: الأمر عندنا أنّ العمرى ترجع إلى الذي أعمرها، إذا لم يقل هي لك ولعقبك[2]. ونقل ابن عبد البر عن الإمام مالك قوله: «ليس عليه العمل، ووددت أنّه محي»[3]. قال الإمام مالك: رأيت عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ـ وكان محدّثاً ـ، يعتب أخاه محمّداً ـ وكان قاضياً بالمدينة المنورة ـ: ما لك لا تقضي في العمرى بحديث ابن شهاب؟ فقال له محمد: «يا أخي لم أجد العمل عليه، فقد أباه الناس»[4]. والمعنى أنّ العمل المتناقل جيلاً بعد جيل في المدينة عن النبي ﷺ معارض لظاهر الحديث، وسيأتي ذكره.

ومعنى قول الإمام: إذا لم يقل: هي لك ولعقبك، أي: فإذا قال المعمر: هي لك ولعقبك، لم ترجع إلا بعد انقراض العقب[5].

ب ـ عن نافع أنّ عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر رضي الله عنهما دارها، قال: وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت، فلمّا توفيت بنت زيد قبض

---

(1) المنتقى: 6/ 133، شرح الزرقاني على الموطأ: 4/ 49، بداية المجتهد: 2/ 331.
(2) الموطأ في الأقضية، باب القضاء في العمرى، والمنتقى: 6/ 133.
(3) التمهيد: 7/ 115.
(4) إكمال الإكمال: 5/ 590.
(5) الإشراف: 2/ 674، والمنتقى: 6/ 133، شرح الزرقاني: 4/ 48، وشرح الحطاب: 6/ 61.

عبد الله بن عمر المسكن ورأى أنّه له[1].

فقوله: كانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت، فهذا معنى العمرى. وقوله: فلمّا توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى أنّه له، يريد قبضها بمعنى الميراث لأنه هو كان وارث حفصة ﵂ يوم توفيت، فرأى عبد الله بن عمر أنّه قد انقطع بموت بنت زيد حكم العمرى، وأن ما تقدم في الدار من العمرى لم يخرجها عن ملك موروثته حفصة، ولا منعه من تملكها بالميراث عنها[2].

ج ـ عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»[3].

د ـ عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد أنّه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى، وما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم بن محمد: ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا[4].

ومعنى ذلك أنّ المعمر لما شرط إبقاء الرقبة تحت يده، وإفراد المنافع بالهبة مدّة مقدرة بعمر المعطى له، أو بعمره وعمر عقبه، كان شرطه تاماً، وكانت عطيته على ما شرط لا تتجاوز ذلك[5].

هـ ـ أنّ تمليك الرقاب يقع مطلقاً من غير توقيت بوقت يزول بمجيئه، فلو قال شخص: بعتك هذا الشيء إلى مجيء فلان أو إلى رأس الشهر لم يصحّ؛ فإذا ثبت ذلك وكان المالك قد علق التمليك بعمر المعطى له، علم أنّه لم يرد تمليك رقبة ذلك الشيء إياه، فوجب حمله على ما يصحّ، وهو تمليك المنافع؛ لأن التوقيت يدخل فيها دون تمليك الأعيان[6].

و ـ أنّ دلالة العمرى لغة على تمليك المنافع؛ لأنّ العرب قد وضعت رقبة ألفاظ العمرى، والسكنى، والإغلال، والمنيحة، والعرية، والعارية، والإفقار، على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له؛ والأصل عدم نقل الألفاظ عن حقائقها اللغوية[7].

وقد ورد حديث عن جابر بن عبد الله ﵁ بروايات مختلفة، يقتضي ظاهرها تمليك رقبة العمرى للمعمَّر ـ بالفتح ـ، وهذه الروايات هي:

عن مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله الأنصاري أنّ رسول الله ﷺ قال: «أيّما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنّها للذي

---

(1) الموطأ في الأقضية، باب القضاء في العمرى.
(2) المنتقى: 6/ 134.
(3) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب الصلح؛ والترمذي في الأحكام؛ وعلقه البخاري في الإجارة.
(4) الموطأ في الأقضية، باب القضاء في العمرى.
(5) المنتقى: 6/ 133.
(6) الإشراف: 2/ 675.
(7) الذخيرة: 6/ 217، وإكمال الإكمال: 5/ 589.

يعطاها، لا ترجع إلى الذي أعطاها أبداً؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»[1].

عن ليث عن ابن شهاب، عن أبي سلمة، عن جابر بن عبد الله؛ أنّ رسول الله ﷺ قال: «من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها، وهي لمن أعمر ولعقبه»[2].

عن ابن جريج عن ابن شهاب، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن جابر أنّ رسول الله ﷺ قال: «أيّما رجل أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه، فقال: قد أعطيتكها وعقبك ما بقي منكم أحد، فإنّها لمن أعطيها. وإنّها لا ترجع إلى صاحبها، من أجل أنّه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»[3].

عن ابن أبي ذئب عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر؛ أنّ رسول الله ﷺ قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه، فهي له بتلة، لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا ثنيا. قال أبو سلمة: لأنّه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث، فقطعت المواريث شرطه[4].

عن هشام، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «العمرى لمن وهبت له»[5].

عن يحيى بن يحيى قال: أخبرنا أبو خيثمة عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإنّه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها، حيّاً وميّتاً، ولعقبه»[6].

عن شعبة قال: سمعت قتادة يحدث عن عطاء، عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «العمرى جائزة»[7].

عن سعيد عن قتادة، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «العمرى ميراث لأهلها»[8].

وغير ذلك من الروايات عن جابر بن عبد الله ﷺ. وقد أجاب فقهاء المذهب عن الحديث بما يلي[9]:

أ ـ أنّه حديث اختلفت فيه روايات أهل الطبقة الأولى والثانية والثالثة؛ فضعفت الثقة به.

---

(1) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في العمرى؛ ومسلم في الهبات، باب العمرى.
(2) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى.
(3) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى.
(4) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى.
(5) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى.
(6) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى.
(7) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى.
(8) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمرى.
(9) الذخيرة: 6/ 217، وإكمال الإكمال: 5/ 590، شرح الزرقاني على الموطأ: 4/ 48.

ب ـ مخالفته للأصول، وهي:

الأول: حديث: «المسلمون على شروطهم»، كما تقدم في الاستدلال.

الثاني: ترك أهل المدينة العمل به، كما تقدم في الاستدلال.

الثالث: الإجماع على ثبوت ملك المعمّر قبل أن يوقع العمرى، فوجب أن لا يزول ملكه إلّا بيقين وهو الإجماع، ولا إجماع في هذه المسألة، فقد اختلف فيها بين من يقول بعد إنّ العمرى تعود إلى المعمر سواء ذكر العقب أو لم يذكر؛ ومن يقول لا تعود؛ ومن فرق فقال بعودها إلى مالكها إذا لم يذكر العقب، وبعدم العود إن ذكر العقب.

الرابع: أنّ الأصل في الشرع ثبوت الأملاك لأصحابها، وأن لا تخرج عن أيديهم إلّا برضاهم واختيارهم؛ فإذا قصد الشخص هبة منافع شيء لغيره مدّة محدّدة بلفظ الإعمار أو بغيره، فالأصل أن لا يحمل فعله على غير ما قصده ولا ينتزع ملكه من يده، إذ العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ.

الخامس: أنّ التوقيت في هبة المنافع معتبر في الشرع، وإبطاله دعوى على خلاف الدليل.

السادس: أنّ التبرعات على خلاف الأصل فلا يلزم بها المكلف، فلمّا ورد ما يدلّ على الحضّ عليها اعتبرت في العمرى في المنافع، ويبقى في الرقاب على مقتضى الأصل.

ومع هذا فإنّ الحديث يقبل وجوهاً من التأويل[1]:

أ ـ الحمل على المنافع في رواية: «العمرى لمن وهبت له»، ورواية: «فهي للذي أعمرها، حيّاً وميّتاً»، ورواية: «العمرى ميراث لأهلها»؛ لأنّ المنافع هي التي وهبت، فلا يلزم الواهب أكثر مما التزم. وهي تكون للمعطى ولعقبه حياً وميتاً، وإنما الخلاف بعد العقب.

ب ـ أنّ معنى قوله ﷺ: «العمرى جائزة»، أي: هي عطية جائزة، والمراد بالجواز الجواز الأعمّ لا الأخصّ؛ لأنّها من البرّ والمعروف؛ لأنّ الأعم يشمل المباح والمندوب والواجب.

ج ـ أنّ معنى قوله ﷺ: «فهي له بتلة» أي: عطية منافع ملزمة لا رجوع فيها.

د ـ أنّ معنى قوله ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها» إرشاد إلى الأصلح؛ لأنّ الإعمار يمنع مالك الرقبة من التصرّف فيها مدّة طويلة، ولا سيما

---

(1) المنتقى: 6/ 134، والمعلم: 2/ 351، والقبس: 3/ 943، والذخيرة: 6/ 216، وإكمال الإكمال: 5/ 589.

المعقبة، فقد تتعرض للتلف والفساد وهي بيد المعمّر - بالفتح -. ولا يحمل النهي على التحريم، لما تقدم أنّ العمرى من البر والمعروف، قاله القرطبي صاحب المفهم.

هـ - أنّ قوله ﷺ: «لا ترجع إلى الذي أعطاها أبداً»، فهو صحيح لأنّ المعطي لمّا جعلها للمعطى ولعقبه فإنّها لا ترجع إليه أبداً ما بقي من عقب المعطى أحد.

و - أنّ ما جاء في رواية مالك وابن جريج قوله: «لأنّه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث» صرحت رواية ابن أبي ذئب أنّها ليست من كلام النبي ﷺ وإنما من كلام أبي سلمة. ولو سلم أنّه من لفظه ﷺ فإنّه إنّما جاء حيث ذكر العقب، فعلّل بالمواريث وجعلها المانعة من رجوع العمرى لمالكها، وهذا صحيح؛ لأنّ المعنى - كما ذكره ابن العربي - أنّ من وهب منافع دار مثلاً لرجل ولعقبه، فإنّه لا يرجع إليه إذا مات ذلك الرجل المعمّر - بالفتح -؛ لأنّه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث؛ لأنّ المنافع قد استحقّها العقب من بعد مورثهم، فلا ترجع إلى الذي أعطاها حتى ينقرض جميعهم، فتعود إلى المعطي أو إلى ورثته من بعده، أي: إنّ العقب لمّا كان تنتقل إليهم العمرى عن موروثهم، ويشتركون في الانتفاع بها، سمّي ذلك ميراثا بالنسبة إليهم.

ز - أنّ فعل عبد الله بن عمر في دار حفصة ﵄ تفسير لحديث النبي ﷺ، ومبيّن لمعناه، ومقرّر لحجّة الإمام مالك. ويقاس عليه العمرى للمعطى ولعقبه؛ لأنّ لفظ العمرى فيه وفي عقبه سواء، فإذا لم يملك بالعمرى له فكذلك لا يملك بها له ولعقبه.

ويؤيّد هذه الوجوه من التأويلات، ما ذكرناه من أدلة المسألة، وتتأيّد أيضاً بما يلي:

أ - بالقياس، ذلك أنّ العمرى إمّا من عمر المعطي أو من عمر المعطى، فقد تقول: أعطيتك مدى عمرك أو عمر عقبي، أو تقول: أعطيتك مدى عمرك أو عمر عقبك. وقد اتفق على أنّه لو كان الحكم معلّقاً بعمر المعطي لما كان تمليكاً للرقبة والمنفعة معاً؛ فكذلك في عمر المعطى. وتحريره على صيغ القياس يقال: لأنّه معلق بأحد العمرين - أي: عمر المعطي أو عمر المعطى - فلم يكن على التأبيد أصله عمر الثاني. قال ابن العربي بعد أن ذكر هذا الاستدلال: «وهذا الفقه صحيح يكشف حقيقة الحديث ويبيّن مقصد الرسول ﷺ في بيان الحكم، وذلك أنّ العمرى نصف هبة، إذ الهبة يكون لها محلّان ملك الرقبة وملك المنافع، وقد يجتمعان للشخص الواحد بأن تطلق الهبة إطلاقاً، وقد ينفردان فيعطيه المنفعة دون الرقبة وهي العمرى، فإنّه لو قال: أسكنتك هذه الدار وعقبك لكان تصريحاً بهبة المنافع، وكذلك عمرتك؛ وقد تجعل الرقبة لشخص والمنفعة لآخر، فيقول: أعمرتك وعقبك هذه الدار وجعلت رقبتها لفلان وعقبه؛ فإذا كانت تنفصل في أنواعها اسماً وحكماً فكيف تجعل باباً واحداً، وعلى هذا يتبيّن الحديث ويفهم»[1].

(1) القبس: 3/ 943.

لزوم عقد العمرى:

عقد العمرى لازم، ليس للمعمّر الرجوع فيه، قياساً على الوقف؛ لأنّه هبة للمنافع[1].

حوز العمرى:

العمرى في الحَوْزِ كالهبةِ. فإن حازها المعمَّر ـ بالفتح ـ قبل حدوث مانع تمت، وإلا بطلت.



(1) المنتقى: 6/ 129.

الرقبى[1]

تعريف الرقبى:

لغة: الرقبى من المراقبة بين شخصين، كأنّ كلّ واحد منهما يرقب صاحبه.

شرعاً: تحبيس أو تمليك كلّ واحد من رجلين ما يملك من دار أو غيرها، على أنّ من مات منهما فداره حبس أو ملك للآخر[2] وههنا كأنّ كلّ واحد منهما يرقب موت صاحبه.

حكمها:

الرقبى لا تجوز في حبس ولا ملك. وقد منعت لما فيها من الخروج عن وجه المعروف إلى المخاطرة والغرر[3]، إذ لا يدرى أيّهما يموت قبل الآخر.

فإن وقع العقد واطلع عليه قبل الموت فسخ. وإن لم يطلع عليه إلا بعد موت أحدهما رجعت لوارثه ملكا، ولا تكون للمراقب الحيّ، ولا ترجع مراجع الأحباس لفساد العقد.

ومحلّ عدم الجواز إذا وقع ما ذكر من القولين في عقد واحد، بأن وقع أحدهما بفور الآخر ودخلا على ذلك. وأمّا لو قال أحدهما لصاحبه ذلك، ثم قال الآخر مثل الأول، فهو جائز إذ لا تهمة فيه حيث لم يدخلا عليه، ويكون هذا وصية[4].

(1) الشرح الكبير وحاشيته: 4/ 109.
(2) شرح حدود ابن عرفة: 2/ 551.
(3) الذخيرة: 6/ 218.
(4) الذخيرة: 6/ 218.



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع — الصفحة